دكتور عبد الحميد محمود البعلي
استاذ الفقه المقارن والاقتصاد الاسلامي

أساسيات العمل المصرفي الإسلامي
الواقع والآفاق

دراسة مقارنة وموازنة

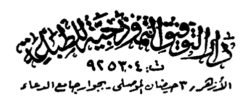
للجوانب : القانونية . المصرفية . الفقهية

الناشر
مكتبة وهبة
١٤ شارع الجمهورية - عابدين
القاهرة - تليفون ٣٩١٧٤٧٠

الطبعـة الأولى

١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م

جميع الحقوق محفوظة



بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

● **تجربة العمل المصرفى والاقتصادى الاسلامى :**

تأتى كتابة هذا البحث فى ظروف خطرة تمر فيها البنوك والمؤسسات المالية والاستثمارية الاسلامية بعملية تقييم شاملة ونظرة واعية فاحصة مدققة ولا بد ازاء كل ذلك أن تقف فيها تلك المؤسسات وقفة حساب ومحاسبة حتى لا تفرط أو تفرط ، فلا يفرط عليها أو تفرط هى فى أمر نفسها وهنا لا بد من أمرين جوهريين هما :

١ ــ المراجعة والتفتيش والوقوف على ما عساه أن يكون موجودا من قصور أو تفريط فى الأموال والأعمال والأشخاص •

٢ ــ الرؤية النافذة المستقبلية لما يجب أن تكون عليه تلك المؤسسات بكل مكوناتها من استيعاب لمستحدثات العصر الفنية والادارية والتنظيمية وتقديم البدائل ذات الطبيعة الخاصة والمستخلصة من أصولها والمحققة لمقاصدها والملبية لحاجاتها المتعددة والمتجددة باستمرار حتى لا تتخلف تلك المؤسسات بجمودها عن اثبات وجودها المتجدد وتحقيق المقدرة والكفاءة الكافية والملائمة فى كل زمان ومكان وبحسبهما •

لقد كانت أول محاولة قانونية أو نظامية للعمل المصرفى والاقتصادى الاسلامى باصدار نظام بنك ناصر الاجتماعى فى مصر سنة ١٩٧١ اذ نص قانون البنك ونظامه لأول مرة على عدم التعامل بنظام الفائدة أو الربا أخذا وعطاء •

ثم كانت أول تجربة عملية للعمل المصرفى الاسلامى الجاد والحقيقى بانشاء بنك دبى الاسلامى فى سنة ١٩٧٥ ، تلته تجربة بيت التمويل الكويتى فى مارس سنة ١٩٧٧ ، ثم بنك فيصل الاسلامى المصرى فى

أغسطس سنة ١٩٧٧ ، والسودانى سنة ١٩٧٧ ، وهكذا تترى البنـوك والمؤسسات المـالية الاسلامية .

كما تأتى الكتابة فى هذا البحث وقـد تخطت المؤسسات المـالية والاستثمارية الاسلامية فى كل مكان من الأرض مرحلة التجريب والتجربة وأصبحت ذات نظم قانونية مستقرة ، ومن ثم تعمل فى اطار من الشرعية الدستورية والقانونية التى تمثل جزءا من سيادة الدولة ، وبذلك أصبحت هـذه المؤسسات من معالم النشاط الاقتصـادى العـالمى والمحلى على المستوى الجزئى والكلى فى الاقتصاد ، ويتعين بالتالى أن يحسب حسابها فى السياسات الاقتصـادية والنقـدية والمصرفية والمـالية حتى يمكن الاستفادة بها ومنها بالقـدر الملائم والأسلوب الأمثـل لطبيعة نشاطها وأدائها وتنظيماتها .

وتأسيسا على ما تقدم وأخذا له فى الاعتبار تناولت البحث فى عدة مباحث تكاد تنقسم الى قسمين رئيسين هما :

القسم الأول : يعبر بمباحثه الثلاثة الأولى عن الواقع ومحاولة جادة لايجاد مدخل أصولى للعمل المصرفى والاقتصادى الاسـلامى على نحو متكامل ومترابط ، تتجلى فيه آلية وانسـجام أدوات العمـل المصرفى والاستثمارى الاسـلامى مع التركيز على ما اتخذه الربا — وفى مصر الحديث بصفة خاصة — من مسميات كثيرة موهمة وكذلك الأدوات والصيغ الاقتصادية والاستثمارية التى أصبحت فى عداد التقليدية وكذا أصبحت بحاجة ماسة الى التحديث وكذلك التجديد .

كما بحثنا فى هذا القسم الضمانات فى حقوق العباد وفى حقوق الله لمـا أصاب العمل المصرفى والاستثمارى الاسلامى بسببها من صعوبات جمة ومشاكل غفيرة كادت تودى ببعض هذه المؤسسات .

والقسم الثانى : يعبر بمباحثه ابتداءا من المبحث الرابع عن الآفاق الجديدة للعمل المصرفى والاستثمارى فى الاقتصاد الاسـلامى وذلك من خلال محاولتين جديدتين هما :

الأولى : فى اطار تعـديل نظام الاستثمارات بادخـال ما أسـميته « بالمرونة » على صيغ عقود الاستثمار وأعنى به اضـفاء الصلاحية على العقد من خلال نصوصه لمواجهة ما قد يعتريه من مشاكل وصعوبات عملية عن طريق تحول العقد من صيغة الى صيغة أخرى ملائمة وصحيحة .

الثانية : فى اطار تجديد نظام الاستثمارات باقتراح صيغ لم تحظ فى الممارسة العملية والتطبيق الواقعى بنصيب مع الأخذ فى الاعتبار الصعوبات والاختناقات والمشاكل العملية والواقعية .

ولا يجب أن نتتهى من مقـدمة البحث بغير أن نركز على البنـك الاسلامى للتنمية الذى مر فى انشائه بالمراحل الآتية :

١ ــ صدر بيان العزم بانشاء البنك الاسلامى للتنمية فى الاجتماع الأول لوزراء مالية الدول الاسلامية بمنظمة المؤتمر الاسلامى الذى عقد فى مدينة جدة فى ٢٤ من ذى القعـدة عام ١٣٩٣ هـ (١٨ من ديسمبر سنة ١٩٧٣ م) .

٢ ــ فى ٢٢ من رجب عام ١٣٩٤ هـ (١٠ أغسطس سنة ١٩٧٤ م) صادق المؤتمر الثانى لوزراء مالية الدول الاسلامية الذى انعقد بجدة على اتفاقية تأسيس البنك الاسلامى للتنمية على أن يبدأ سريان هذه الاتفاقية فى ١٢ من ربيع الآخر عام ١٣٩٥ هـ (٢٣ من ابريل سنة ١٩٧٥ م) .

٣ ــ عقد بمدينة الرياض الاجتماع الافتتاحى لمجلس محافظى البنك الاسلامى للتنمية فى ١٧ من رجب عام ١٣٩٥هـ (٢٦ من يوليو سنة ١٩٧٥م) وتم الافتتاح الرسمى للبنك فى ١٥ من شوال عام ١٣٩٥ هـ (٢٠ من أكتوبر سـنة ١٩٧٥ م) .

وبذلك استغرقت عملية انشاء البنك وحتى افتتاحه أكثر من ثلاث سنوات كاملة ولا شك أنه حدث مصرفى واقتصادى اسلامى عالمى من وقت انشائه وحتى الآن أكثر من أى وقت مضى اذ بلغ عدد أعضائه (٤٥) دولة من دول منظمة المؤتمر الاسلامى . والبنك فى تحقيق أهدافه وأسلوب نشاطه يعمل طبقا لمبادىء الشريعة الاسلامية السمحة .

وتفرض المتغيرات والمستجدات الدوليه الحالية وعلى رأسها تهاوى النظام الاشتراكى فى أصوله الفكرية لعجزه عن أن يقدم الخبز لأهله بعد تجريب — لم يرق الى كونه تجربة — استمر أكثر من سبعين عاما من الزمان امتطى فيها الانسان الفضاء وصعد الى الكواكب الأخرى غير كوكب الأرض .

كما تفرض الأزمات الاقتصادية الطاحنة والمجاعات المبيدة والمنتشرة والغلاء الجموح والبطالة الكئيبة وما يصاحبها من تفشى ظواهر الاجرام الحديث وما واكب كل ذلك من انحلال بكل مظاهره . كل ذلك يفرض على البنك الاسلامى للتنمية بوصفه بنك الدول والحكومات الاسلامية فى منظمة المؤتمر الاسلامى أن يتحمل مسئولينه التاريخية فى قيادة العمل المصرفى والاستثمارى والاقتصادى الاسلامى وترشيد وحماية النماذج المصرفية والاستثمارية الاسلامية القائمة فى بقاع الأرض من خلال قنوات قوية وروابط متينة تتعدد أشكالها وتتنوع صيغها ويكون بحق بنك البنوك .

﴿ رب اشرح لى صدرى . ويسر لى امرى . واحلل عقدة من لسانى ﴾ .

الجمعة ٢٤ من رمضان سنة ١٤١٠ هـ

٢٠ من ابريل سنة ١٩٩٠ م

د. عبد الحميد البعلى

* * *

المبحث الأول

المقومات الاساسية للنظام المصرفى اللاربوى

● **الاوامر والنواهى والمباحات :**

أستطيع أن أصور مقومات النظام المصرفى الاسلامى انعكاسا عندى لأصول المنهج الاسلامى فى أنها تنقسم أو ترجع الى أســاسين أصليين وأسس تابعة ، والأسس الأصلية لمقومات النظام المصرفى اللاربوى تنقسم الى شــقين هما :

اولا ــ شق النواهى بمراتبها وتشمل : الحرام والمكروه .

وتنتظم طائفة المنهيات على ما يأتى :

ــ الربــا .
ــ الغــرر .
ــ الخيانة .
ــ الاحتكار .
ــ الاسراف والتبذير .
ــ الاستغلال .
ــ الغش .
ــ الكــذب .
ــ النجش .
ــ الاكتنــاز .
ــ الجهالة .

ثانيا ــ شق الاوامر بمراتبها وتشمل : الواجب والمندوب .

وتنتظم هــذه الطائفة ما يأتى :

ــ الزكــاة .
ــ العمــل .
ــ الوفاء بالعقود .
ــ الانفــاق .

ثالثا ــ المبــاح :

وشق النواهى وقائى للمنهج ، وشق الأوامر حمائى لمســيرة المنهج وبينهما يكون المباح يعطى المنهج اليسر الذى يجعله مناسبا لكل زمان ومكان وبالكل تكتمل عالمية المنهج بأهم ما يميزه من التوازن ، وكذلك كان

المباح من الأسس التابعة للأسس الأصلية يضفى المرونة واليسر فى الممارسات العملية فى حياة الناس اليومية ».

وقد ينتهى المباح الى النواهى كما قد ينتهى الى الواجبات فقد يكون الشىء مباحا بالجزء مطلوب الفعل بالكل على جهة الوجوب كالبيع والشراء والاكتساب الجائز عن طريق الزراعة أو الصناعة أو التجارة فلكل فرد من آحاد الناس أن يأتى هذه الأشياء ويفعلها أو يتركها لكن لا يجوز للمجموع الاتفاق على تركها جملة لأنها من ضرورات المجتمع .

وقد يكون الشىء مباحا بالجزء مطلوب الترك بالكل كاللهو والأكل فوق الشبع وغيرها من المباحات التى تقدح المداومة والاعتياد عليها فى العدالة .

فكل مباح ترتب على الاكثار منه بعض الضرر فهو مكروه ، أما اذا كان الضرر جسيما كان حراما .

كما أن الناظر فى دائرة المباح يجدها أوسع من كل من دائرة النواهى والمحظورات ودائرة الأوامر والواجبات وهذا يعطى الانطلاق فى الممارسة العملية والتطبيق والابداع الذهنى والفكرى وتوسيع دائرة عمل العقل البشرى بما يحقق مصلحة العباد والناس أجمعين .

واذا اجتزأنا من النواهى أو المحظورات الربا واجتزأنا من الواجبات والأوامر الزكاة لقلنا بشأن كل منهما ما يأتى :

(١) الربـــا :

لقد تعددت مسمياته التوقيفية والاصلاحية فهناك :

- ربا الفضل وربا النسيئة .
- أو الربا الجلى (النسيئة) والربا الخفى .
- أو ربا القرآن وربا السـنة .
- أو ربا الجاهلية وربا بينه الشرع (الفضل ـ النسيئة) .
- أو ربا القرآن وربا الجاهلية ».

ــ أو ربا الديون وربا البيوع •
ــ أو ربا اليد وهو البيع مع تأخير قبض أحدهما • قال به الشافعية•

واذا تعددت المسميات والأنواع فمن الأولى والأصح أن تتعــدد التعريفات لكل نوع وهو الأوفق والأضبط •

ولهذا السبب ــ في نظرنا ــ تعددت العلل في الربا الى ســبع علل هى : الثمنية ــ الوزن والكيل مع اتحاد الجنس ــ الطعم مع اتحــاد الجنس ــ الاقتيات والادخار مع اتحاد الجنس •

وقد عرف ربا النسئية: بأنه الزيادة المشروطة على الدين مقابل الأجل•

كما عرف ربا الفضل : بأنه زيادة عين مال شرطت في عقد البيع على المعيار الشرعى وهو الكيل والوزن في الجنس •

ومسميات الربا توقيفية ، واستنباط علله اجتهادية •

ونستطيع على ضوء ما شاع في عصرنا من شبهات أن نعرف الربا بأنــه :

« الاتفاق في الحال لا بحسب المــآل على ما يأخذه المرابى من نسبة ثابتة أو متغيرة زائدة من رأس المــال المؤجل قبضه » •

وقديما كان لمشكلات الزمان تأثير على فقه الفقهاء فقد انفرد الامام ابن القيم رحمه الله بتقسيم الربا الى الربا الجلى والربا الخفى •

(ب) الزكـــاة :

الزكاة كفريضة مالية اقتصادية في المقام الأول ترتبط ارتباطا مباشرا بالتمليك بما يوســع من قاعدة الملكية في المجتمع ويثرى حركة دوران الأموال وتشغيلها وما يعكسه ذلك على النظام الاقتصادى •

رابعا ــ الضوابط الشرعية الكلية للعمل المصرفى والاقتصادى الاسلامى:

الضــوابط الشرعية حاكمــة لكليــات وجزئيات العمــل المصرفى

والاقتصادى الاسلامى فى جميع مراحله المختلفة وآلياته باعتبار أن العمل المصرفى محور النشاط الاقتصادى ومن ثم المعاملات بجميع فروعها الكلية والجزئيـــة .

ونطاق عمل العقل فى استنباط الأحكام الشرعية للممارسات العملية اليومية نطاق فسيح ودقيق وتحكمه ضـــوابط كلية فى مقدمتها اجتناب النواهى لدرء المفاســد ونطهر العمل ثم اتباع الأوامر ووجوب تنفيذها اثراء لتحقيق المصالح الشرعية المعتبرة فى حياة الناس .

وبرؤية كلية للنواهى والأوامر فى العمل المصرفى الاسلامى يتضح لنا **التكامل** التام فى أجزاء وكليات المنهج الاسلامى . بما يعكس استراتيجية متميزة تصلح للتطبيق على المستوى الاقليمى والعالمى على حد سواء وذلك كله من خلال الضوابط الشرعية الآتية :

١ — فى اطار المعاملات والمعاقد والتصرفات تقوم منهجية العمـــل المصرفى الاسلامى على أولوية الاستثمار على الخدمات = $\frac{\text{الاستثمارات}}{\text{الخدمات}}$

٢ — تأتى النواهى فى المقــدمة أو مقدمة على الأوامر لقــاعدة : « درء المفاسد مقدم على جلب المصالح » .

٣ — تنبثــق النواهى من أصـــل كلى فى قـــول الله تعـــالى : ﴿ **ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل** ﴾ (**البقرة : ١٨٨**) .

٤ — على رأس النواهى فى المعاملات المـــالية يأتى الربا أخذا وعطاءا ومنع أداء الحقوق والمماطلة فيها ، ثم الميسر والقمار فى الأموال ، ثم الغرر وما يدخل تحته من صور شتى من التعامل وسلف وربح ما لم يضمن وبيع ما ليس عندك والمحاقلة والمزابنة وبيع الدين وبيع وشرط وبيع الثمر قبل بدو صلاحه والغبن وغرر المشاركات والمعاوضات على وجه العموم ... الخ.

ثم الاحتكار سواء أكان احتكارا للنقود أو للسلع ، ومن الاحتكار

ما يكون جائزا بطبيعته كاحتكار الدولة لنشاط اقتصادى معين بشرط العدل فى ثمنة •

٥ ــ والنواهى يندرج تحتها مجموعة من القواعد منها :

(أ) ما أدى الى الحرام فهو حرام •

(ب) استباحة المحرم بالحيل محرمة •

(جـ) الحرام لا تؤثر فيه المقاصد وحسن النوايا •

(د) اتقـاء الشبهات •

٦ ــ والأوامر فى الشق الآخر من منهجية العمل المصرفى تنبثق من أصل كلى فى قوله تعالى : ﴿ وآتوا الزكاة ﴾ (البقرة : ١١٠) •

ويترتب عليهـا قاعدة الوفاء بالعقود والشروط الشرعيـة باعتبـار أن جوهر المعاملات قائم على العقود والتصرفات •

٧ ــ ومن مكملات الأوامر قاعدة : « ما لم يتم الواجب الا به فهو واجب » •

٨ ــ ما بين النواهى والأوامر يكون المبـاح والحلال أو الطيبات وهى أوسع نطاقا من دائرتى النواهى والأوامر ففيها يكون عمل العقل الاجتهادى أو الابداع العقلى محكوما بعدم اقتراف نهى أو مجاوزة أمر وذلك انطلاقا من قاعدة : « الأصل فى الأشياء الاباحة » •

لقد شدد الله سبحانه فى أمر الحرام وضيق دائرته وطرقه ثم قـدر ورخص فى حالات الضرورة التى هى : « بلوغ حد ان لم يتناوله المحظور هلك أو قارب » •

ووضع الرسول صلى الله عليه وسلم ضوابطها فى حديث : « أن يأتى الصبوح والغبوق ولا تجد ما تأكله » •

ثم وضع الفقهاء قواعد الضرورة الآتية :

ــ الضرورات تبيح المحظورات بشرط عدم نقصانها عنها •

ــ الضرورة تقدر بقدرها •

٩ — ومن النواهى والأوامر والمباحات وما تشتمل عليه من ابداع فقهى يساير حركة العمل ويناسب متغيرات الزمان والمكان تبرز عالميـة المنهج الاسـلامى فى العمـل المصرفى بشكله المتكامل والذى من أهم سمات تكامله ما يأتى :

١٠ — ان قاعدة « ما يؤدى الى الحرام فهو حرام » تقابلها وتكملها قاعدة « ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب » .

١١ — انه اذا كان الربا على رأس المحرمات فى المعاملات فان أداء الزكاة على رأس الأوامر فى اطار المعاملات أيضا ، والربا ضد الصدقة لقوله تعالى : ﴿ يمحق الله الربا ويربى الصدقات ﴾ (البقرة : ٢٧٦) .

١٢ — المعاملات والتصرفات تنقسم الى قسمين رئيسين هما :

— تصرفات عدلية كالمعاوضات والمشاركات

— تصرفات فضلية كالقروض والعارية والهبة والعطية .

١٣ — المعاوضات والمشاركات منها المسماة ومنها غير المسماة .

١٤ — الأصـل فى المعاوضات التعادل بين الجانبين وكل ما ينقض العدل فهو ظلم ، أما المشاركات فتقضى الاشتراك فى النماء والربح .

١٥ — والخدمات فى العمـل المصرفى تندرج تحت المعاوضات ؛ والمشاركات ؛ فى العمل المصرفى أساس الاستثمارات وتكون لها الأولوية فى العمل المصرفى الاسلامى .

١٦ — المشاركات تجد حدها الأدنى فى أنواع الشركات المعروفة فى الفقه الاسلامى ومن أمثلة المشاركات : المضاربة .

١٧ — المضـاربة نوع شركة فى الربح ومن ثم كان من الضرورى تعيين نصيب كل من المتعـاقدين فى الربح وأن يكون جـزءا شـائعا معلوما .

١٨ — كل شرط يقطع الشركة فى الربح يفسد المضاربة فلعله لا يربح الا هذا الذى خصص لأحدهما ، ونظرا لكون الربح هو المعقود عليه فى

المضاربة أى محل العقد فالجهالة فيه تبطل العقد اذ لا يتيسر معها معرفة نصيب كل منهما من الربح •

١٩ ــ أما المرابحة كاحدى صيغ الاستثمار فان جوهر الأمر فيهـا يقوم على ثلاثة اعتبارات رئيسية هى :

الأول : ان استحقاق الربح يكون بأحد أسباب ثلاثة هى :

ــ المـال •
ــ العمـل •
ــ الضمان •

الثانى : أن المرابحة كأحد أنواع البيوع والتجارة تتطلب معرفة تامة بأمور ثلاثة هى :

١ ــ السـوق •
٢ ــ السـلع •
٣ ــ النـاس •

الثالث : أن تدخل السلعة فى ملكية البائع مرابحة وأن يكون الربح فيها معلوما للمشترى وكل كذب أو خيانة فى المرابحة يفسدها •

* * *

المبحث الثـانى

آليـة العمل المصرفى الاسـلامى

انه لما ينسجم مع مقومات النظـام المصرفى اللاربوى ويتفق مع طبيعتها أن تأتى خطة الاستثمارات وما يلحق بها من تحديث فى مقـدمة آلية العمل المصرفى اللاربوى ومقدمة على خطة الخدمات .

فاذا كانت البنوك التجارية (الربوية) فى جوهر عملها تعتبر وسـيط ائتمان غير متخصص يضطلع أساسا بتلقى الودائع (بنوك الودائع على وجه الخصوص) القابلة للسحب لدى الطلب أو بعد أجل لا يجاوز سنة[1] ومن ثم تقوم بدور تاجر ائتمان ومعظم نشاطه يتركز فى هذا الدور وعلى وجه الخصوص الائتمان النقدى ومن سماته الرئيسية مضى فترة من الزمن قـد تطول أو تقصر بين تنازل البنك عن المـال والحصـول عليـه ، وتبعا لاختلاف طبيعة القرض واستعماله يختلف المصدر الذى تستقى منه الأموال المقترضة وفى الائتمان طويل الأجل — الذى يعتمد فيه البنـك التجارى أسـاسا على رأسماله والاحتياطيات التى يكونها والسـندات التى قد يصدرها والودائع لآجال طويلة .

تنقسم القروض الى قروض تجارية وقروض صناعية تمنـح لمنظمى هذه المشروعات وتتخذ هذه القروض أشكالا مختلفة .

فقد تمنح القروض فى شكل مبلغ معين من المـال لمدة محددة من الزمن .

وقد تمنح فى شكل فتح اعتماد لصالح المقترض بمبلغ معين لمـدة محـددة .

وتختلف الضمانات التى تأخذها البنوك تبعا لاعتبارات كثيرة منهـا درجة يسر المقترض وأصـول المشروع ومستوى الأرباح التى يحققهـا المشروع سنويا ومن هنا كانت الكفالة اما شخصية أو عينية .

---

(١) مادة ٣٨ من قانون البنوك والائتمان رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٧

وهكذا فان البنوك التجارية كمشروعات تجارية أو مؤسسات ائتمانية تستهدف تحقيق أقصى ربح ممكن وتأتى الأرباح اليها فى شكل « فوائد » على استخدام ما فى حوزتها من أصول وأموال عن طريق اقراضها لرجال الأعمال والمشروعات ولزيادة أرباحها تلجأ الى البحث عن أفضل القروض وكذلك الاستثمارات التى تقوم بها البنوك التجارية فى الأوراق المالية التى تتأثر قيمتها بتقلبات سعر الفائدة[1] ، وتزداد المخاطرة فى البلاد التى تتصف فيها الأسواق المالية بضيقها وقلة نشاطها وقد وضع قانون البنوك والائتمان المصرى رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٧ قيدا على حرية البنوك التجارية فى استثمار أموالها أو مواردها فى امتلاك أسهم الشركات المساهمة بما لا يزيد قيمته عن ٣٥٪ من رأس المال المدفوع للشركة بشرط ألا تتجاوز القيمة الاسمية للأسهم التى يمتلكها البنك فى هذه الشركات مقدار رأسماله المدفوع واحتياطياته ويجوز لوزير الاقتصاد زيادة الحدين المذكورين عند الاقتضاء •

وتحقيق التوازن السليم بين **السيولة والربحية** فى البنوك التجارية ليس بالأمر اليسير ولعل مشكلة السيولة تحظى بالاهتمام الأول فى سياسة البنك التجارى ومن ثم فلا يكفى فى مقام تأمين المركز المالى للبنك ألا تقل القيمة الفعلية لأصوله عن جملة خصومه دائما بل يجب أن يتوافر لدى البنك خليط من الأصول يتيح له مواجهة أوامر المودعين بالدفع باستمرار وفى هذا الصدد — وهو تأمين سيولة مركز البنك المالى على الدوام — تعتبر القروض الصناعية طويلة الأجل أقل سيولة من الأوراق المالية طويلة الأجل وأشد خطرا اذ يؤدى استثمار البنك لجانب كبير من موارده فيها الى ارتباط مركزه المالى بمراكز هذه الشركات ومن ثم تعريض ثقة الأفراد الى التأثر بكل ما يطرأ من تطورات على مراكز الشركات التى يستثمر فيها أمواله •

وبناء على ما تقدم فان « المشكلة الاستثمارية » التى تواجه البنوك

---

(١) انظر اقتصاديات النقود والبنوك د. عبد النبى حسن يوسف — طبعة ٦ ص ١٦٣ سنة ١٩٧٩ ، مقدمة فى النقود والبنوك — د. محمد زكى شافعى ص ٢٧٤ ، ٢٨٤ طبعة ١٩٨٢

التجارية تتمثل فى الرغبة فى ضمان معدل مرتفع من الأرباح والرغبة أيضا فى تحقيق معـدل مرتفع من السيولة النقدية وهما أمران لا يتفقان أو لا يتوافقان بل هما على طرفى نقيض(1) .

فالأصول التى تمثل سيولة نقدية مرتفعة لا تغل الا عائدا ضـئيلا والعكس ومن ثم تظل مشكلة السيولة والربحيه من أخطر ما يواجه البنوك التجارية فى سياستها الائتمانية .

مما يستوجب النظر فى علاجهما بأسلوب علمى جديد وباستخدام أدوات ائتمانية جديدة ان صح التعبير .

أولا — أدوات الائتمان التقليدية ووسائله :

اذا كانت أدوات الائتمان التقليدية بشقيه القصير والطويل الأجل تتمثل فى :

١ — الكمبيالة — باعتبارها وسيلة للائتمان (الخصم) وسـداد الديون ونقل الأموال من مكان الى آخر .

٢ — السند الاذنى — يقوم بنفس وظائف الكمبيالة الا أن استخدامه كوسيلة ائتمان يمثل ضمانا أقل منها اذ لا يحمل الا توقيعا واحدا عنـد انشائه وكل تظهير عليه بعد ذلك يضيف ضامنا جديدا .

٣ — الشيك — لا يمثل من الناحية العامة صك ائتمان ولكنه أداة وفـاء .

ومن أهم عمليات الائتمان القصير الأجل عمليات الخصم وقبـول الكمبيالات ومنح القروض بضمان عينى (أوراق مالية — أوراق تجارية — بضائع) أو فى شكل حساب جارى .

وبعد .. فأستطيع أن أقول ان نظام البنوك التجارية كما يسميها قانون البنوك والائتمان المصرى يعمل فى ظل نظام اقتصادى رأسمالى بالدرجة الأولى حيث يحظى عنصر رأس المـال بالاهتمام الأول من خلال كل من :

(أ) سعر الفائدة التى يحصل عليه صاحب رأس المال (البنوك) .

(ب) الأرباح التى يحصل عليها المنظم .

---

(1) انظر د. عبد النبى حسن — المرجع السابق ص ٢٠١

وبالتالى كان الائتمان (ودور البنوك التجارية من ناحيه المنح فهى وسيط ائتمان ومن ناحية التلقى فهى بنوك ودائع على وجه الخصوص) هو المحرك الرئيسى للنشاط الاقتصادى بكل ما يترتب على ذلك من أدوات ائتمانية وسياسات استثمارية ونقدية بما تحمل فى طياتها من تناقض بين السيولة والربحية وما يترتب عليها من الحد من انطلاق النظام المصرفى أو ضرورة أن يعمل فى اطار من النسب أو السقوف التى لا يجب ولا يجوز أن يتعداها والا وقع المحظور فى النظام الاقتصادى برمته .

ثانيا ــ النظام اللاربوى والتحدى :

فهل يستطيع النظام المصرفى اللاربوى أن يقــدم معطيات جــديدة ذات فعاليات مؤثرة على حركة النشاط الاقتصادى فى المجتمع ونعتقد أن ذلك هو التحدى المطروح على الساحتين المحلية والعالمية فى كل بقعة من بقاع الأرض الآن وليس لهذا التحدى من دون العلماء مواجهة .

وقبل أن أقرع باب المحاولة أوجز محصلة ما ظهر على الســاحة العملية والقانونية أى منذ التجربة القانونيه فى نظام بنك ناصر الاجتماعى سنة ١٩٧١ وحتى الآن أى ما يقرب من تسعة عشر عاما من الزمان وذلك فيما يلى :

١ ــ عدم التعامل بنظام سعر الفائدة الربوية :

وللمنهج الاقتصادى فى الاسلام فى هذا الصدد موقف محدد وحاسم لا لبس فيه ولا تلبيس هو : « أن النقود رؤوس أموال يتجر بها لا فيها » .

واذا وقعت المخالفة فى هذا المبدأ الاقتصادى الاعتقادى وقع من الفساد فى المعاملات ما لا يعلمه الا الله .

وقديما قالوا عنادا : لم حرم علينا سعر الفائدة فى المعاملات؟ انما البيع مثل الربا ، وهى مقولة مردودة لمـا تقوم عليه من تخبط وخلط لا يقره عقل ولا دين ، يقول الله تعالى :

﴿ الذين ياكون الربا لا يقومون الا كما يقوم الذى يتخبطه الشــيطان من المس ، ذلك بانهم قالوا انما البيع مثل الربا ، واحل الله البيع وحرم الربا﴾
(البقرة : ٢٧٥)

ووجه الشبه بين الربا والبيع فى قيام كل منهما على المبادلة والتمليك، ولكن الاختلاف الحاسم بينهما أن المبادلة والتمليك فى الربا على شىء من نفس جنسه أو مثله ، أما المبادلة والتمليك فى البيع على شىء من غير جنسه وهو العوض أو الثمن مقابل المال أو الحق المالى محل البيع ، ومن ثم كانت الزيادة فى الحالة الأولى ربا محرم سواء أكانت تلك الزيادة حقيقية اذا كانت من نفس جنس الشىء أو مثله ، أو كانت تلك الزيادة حكمية فى حالة اختلاف الأصناف أو الجنس وهى الزمن ، والزيادة فى هاتين الحالتين لا تصادف فى ذاتها مقابلا فى عناصر المعاملة أو المبادلة ، وان سوغ البعض اضفاء مبررات لها ، ومن المسلم به أنه شتان بين قيام المبادلة على العدل القائم على التعادل بين التزامات طرفى المبادلة أو المعاوضة وبين قيام المعاملة حين انعقادها ، وليس بحسب مآلها على اثراء أحد الطرفين وهو هنا المعطى على حساب الطرف الآخر وهو هنا الآخذ وان كان كلاهما فى الحكم سواء ويتمثل ذلك الاثراء بوضوح فى أخذ زيادة بدون مقابل ماثل فى عناصر المعاملة ، ولا علاقة كما سبق بعناصر المعاملة التى تقوم عليها والتى وقع فيها الخلل ابتداء بما يترتب عليها أو ما سيترتب عليها من آثار قد تكون ايجابية أو سلبية أى ربحا أو خسارة وبذلك يقع الاستغلال فى المعاملة منذ اللحظة الأولى بصرف النظر عن نتائجها التى قد تأتى لصالح الآخذ أو ضده .

● **مسميات الربا :**

وتصوير المسألة على نحو ما سبق أغرى البعض أو أدى بالبعض الى اللبس أو التلبيس فسمى الربا بغير اسمه على حين أن حقيقة المعاملة الربوية واحدة فى كيفية وقوعها ومن ثم قالوا عن هذه المسميات ما يأتى :

ـ الربا ثمن :

وذلك تأثرا بوجه الشبه بين الربا والبيع وهذا القول هو فى نفس الوقت اهدار لحقيقة البيع القائم على أن العوض وهو الثمن فى مقابل الشىء المبيع وهو من غير جنسه قطعا بصرف النظر عن طريقة الأداء حالا أو نسيئة .

وقطعا لدابر الخلاف اشترطت المـادة (٤١٨) من القانون المدنى المصرى فى الثمن أن يكون نقديا ونصت على أن :

« البيع عقد يلتزم بـه البائع أن ينقل للمشترى ملكية شىء أو حقـا ماليا آخر فى مقابل ثمن نقدى » .

ولم تشترط المـادة (٤٦٥) من القانون المدنى الأردنى فى العوض فى عقد البيع أن يكون من النقود فنصت على أن :

« البيع تمليك مال أو حق مالى لقاء عوض » .

ومسلك القانون المدنى المصرى يمنع الخلط بين البيع والمقايضة ، ومن ثم كان الأولى والأدق فى نظرنا وان كانت المقايضة نوع بيع الا أنها تتم بأسلوب المقايضة على حين أن المعاوضة مقابل ثمن نقدى تتم بأسلوب البيع أو تخصصت بمسمى البيع ، ومن هنا فلا محل للخلط بين المقايضة والبيع وهو ما آثرته المـادة (٤١٨) من القانون المدنى المصرى .

ـ الربـا اجر .. او الفوائد اجر :

وهذا اللبس أوحى به المشرع فى المـادة (٥٤٠) من القانون المدنى المصرى اذ نصت على أنه : « اذا استحق الشىء فان كان القرض بأجر سرت أحكام البيع ... » .

ونص فى المـادة (٥٤٢) على أنه : « على المقترض أن يدفع الفوائد المتفق عليها عند حلول مواعيد استحقاقها فاذا لم يكن هناك اتفاق على فوائد اعتبر القرض بغير أجر » .

ومؤدى النص الأخـير أن القانون المدنى المصرى اعتبر الفوائد المتفق عليها أجرا للقرض على حين أن القانون اشترط فى المـادة (٥٣٨) منه أن يرد القرض بمثله فى مقداره ونوعه وصفته ونصت على أن :

« القرض عقد يلتزم به المقرض أن ينقل الى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو أى شىء مثلى آخر على أن يرد اليه المقترض عنـد نهاية القرض شيئا مثله فى مقداره ونوعه وصفته » .

ونستطيع هنـا أن نحلل الموقف القانونى على النحو التالى :

ان الأصل فى القرض أن يرد بمثله فى مقداره ونوعه وصفته دون اعتداد بارتفاع قيمة النقود أو انخفاضها وقت الوفاء وهذا ما نصت عليه المادة (١٣٤) من القانون فقالت .

« اذا كان محل الالتزام نقودا التزم المدين بقدر عددها المذكور فى العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر » .

واذا كان ما سبق هو الأصل فى القرض فان القانون أجاز للمتعاقدين الاتفاق على الفوائد بشرط ألا تزيد عن السعر الذى حدده[1] واعتبر القرض فى هذه الحالة بأجر — أى اذا تم الاتفاق على الفوائد ، ولما كانت عبارة الأجر تدل مباشرة على المنفعة المتحصلة مقابلا للأجر أو بدلا عنها فلا يساورنا شك فى أن المشرع اعتبر الفوائد المشروطة هى أجر المنفعة التى سيحصل عليها المقترض من المبلغ الذى اقترضه سواء أكانت تلك المنفعة استهلاكية أو انتاجية أى اذا استهلك المقترض القرض مباشرة فى اشباع حاجاته الاستهلاكية التى تنتهى بالاستعمال أو استعمله فى اقامة مشروعات انتاجية — أى ثمرة لحسابه ، وعلى الرغم من أن الغالب من الأحوال أن المقترض يحصل على منفعة من القرض ، الا أن المشرع أغفل حالة ما اذا لم يتمكن المقترض من الحصول على ثمة منفعة من القرض وأيا كان السبب لذلك فعلى على أى أساس من عناصر عقد القرض يحصل المقرض على الزيادة المشروطة على القرض ، هنا يكون ثمة خلل قد وقع فى عناصر المعاملة اذ أخذ المقرض زيادة بغير مقابل على مبلغ القرض ومن ثم وقوع الظلم بدلا من التعادل أو العدل فى التزامات الطرفين ولذلك وصف الربا بالظلم أو هو نوع ظلم يحيق بالمقترض يقترفه المقرض بالاتفاق مع المقترض أو يفرضه القانون نفسه فى حالة تأخر المدين فى الوفاء بالقرض[2] .

---

(١) انظر المادة (٢٢٧) من القانون المدنى المصرى .

(٢) انظر فى ضوابط التفرقة بين الأجر والربا على وجه العموم : د. سامى حمود — تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق وأحكام الشريعة الاسلامية ص ٢٤٥ ط ٢ مطبعة الشرق بعمان — الأردن ، والمراجع المشار اليها فيه اذ اقتصرنا فى المتن على محدثات المسألة .

ــ الربــا تعويض :

وهو ما نصت عليه المــادة (٢٢٦) من القانون المدنى المصرى حيث قالت :

« اذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين فى الوفاء به كان ملزما بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخر فوائد قدرها ...... وتسرى هــذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بهــا ان لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخا آخر لسريانها وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره » .

وهذا اللبس بين الفوائد أو الربا والتعويض الذى أوحى به المشرع أيضا على نحو ما جاء بالنص السابق يقطع فى الدلالة على أن المشرع افترض أن الفوائد القانونية تمثل منفعة المقرض عن الفرصة البديلة التى كان من الممكن للدائن أن يستغل فيها مبلغ القرض لولا تأخر المدين فى الوفاء بالقرض أو بالدين ، والتعويض هنــا كجزاء قانونى الزامى عن التأخير فى الوفاء بالدين من جنس الفعل ، بافتراض أن المدين يستغل مبلغ القرض ويدر عليــه عائدا ولذلك لم تشترط المــادة (٢٢٨) مدنى مصرى على الدائن أن يثبت حصول ضرر لحقه من هــذا التأخير فى الوفاء بالدين والمشرع هنا حمى مصالح الدائن على حساب مصلحة المدين الذى قد يكون استهلك القرض فى أغراض اســتهلاكية أو استعمله فى أغراض انتاجية أحيط بثمارها[1] ، أو بها فى ذاتها ومن هنا يقع الخلل فى عناصر المعاملة ويكون الظلم وبصفة خاصة اذا لم يكن هناك ثمة ضرر قــد حاق بالدائن . هذا فضلا عن أن المشرع وقد اعتبر أن أساس التعويض فى هذه الحالة « مجرد التأخير » فى الوفاء بالدين ومن تاريخ المطالبــة

---

(١) هذا المصطلح اخذناه من قوله تعالى : ﴿ **واحيط بثمره فاصــبح يقلب كفيه على ما أنفق فيها وهى خاوية على عروشــها** ﴾ (الكهف : ٤٢) والاحاطة بالثمر : هلاكه .

القضائية ما لم يكن قد تحدد تاريخ آخر بموجب الاتفاق أو العرف التجاري أو نص القانون •

وعنصر التأخير الذى هو أساس التعويض لا تفسير له غير « الزمن » ، وتحديد قيمته بما حدده القانون من مقدار الفائدة أيا كان ، ولا شك عندنا أن هذا المسلك من المشرع غاية فى « التحكم » الذى فرضه نظام الفائدة الربوية فى المعاملات وليس له فى هذا التحكم أساس سائغ من المنطق أو الواقع اذ كيف يتم تقدير الزمن مجردا وهو أمر غير مادي بالنقود ، هذا وان جاز تقدير المنفعة المتحصلة من الزمن أى حيث يرتبط عنصر الزمن بعنصر آخر وهو العمل ، فيكون التقدير لتلك المنفعة المتحصلة وكان الزمن عنصرا فيها لكنه اختلط أو امتزج بعمل وشيء نتج عنهما يجوز تقويمه باعتباره ثمرة أو منفعة عنصرا الزمن والعمل على الأقل •

ــ الربا عمولة :

لقد أوحى بهذا اللبس أيضا نص المادة (٢/٢٢٧) من القانون المدنى المصرى التى تنص على أن :

« ٢ ــ وكل عمولة أو منفعة أيا كان نوعها اشترطها الدائن اذا زادت هى والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره تعتبر فائدة مستترة وتكون قابلة للتخفيض اذا ما ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا منفعة مشروعة» •

وتناقش هذا النص من ناحيتين هما :

١ ــ المفهوم :

ومفهوم هذا النص يشير الى حقيقة الربا أو الفائدة وهى أنه لا تقابله « خدمة حقيقية أو منفعة مشروعة » وهذا هو فعلا جوهر المعاملة الربوية كما تدل عليه عناصرها الأساسية ابتداء لا انتهاء ، فالغاية من المعاملة الربوية محتملة بمعنى قد تحقق هدفها أو لا تحققه ، ومن ثم كان

مدارها على الظن والتخمين وان كان الغالب فيه حصول المنفعة لكنــه ليس الأعدل في التزامات الطرفين وهو ما يجب أن يحققه القانون ويحميه باعتبار أن النص القانوني في جوهره عنوان الحق والعدل القائم على عدم الحيف أو الميل في المعاملة على طرف لحساب طرف آخر .

٢ ـ صريح النص :

يدل النص السابق بمنطوقه على أن العمولة التي لا تقابلها خدمة أو منفعة حقيقية يكون الدائن قد أداها تعتبر فائدة مستترة تخفض الى الحد المسموح به قانونا للفائدة ، وبذلك أوصــد القانون باب التحايل على سعر الفائدة ، وما يهمنا ابرازه في هــذا الخصوص هو أن المشرع اعتبر العمولة فائدة أو ربا اذا لم تكن تقابلها خدمة حقيقية أو منفعــة مشروعة ، وفي نفس الوقت وضع معيارا حاســما للتفريق بين العمولة والربــا أو الفائدة ، فالعمولة وفقا لهذا المعيار تعتبر مقابلا لعمل مشروع يؤدى خدمة حقيقية لصالح المدين بها .

ـ الربــا ربح أو عائد :

الربــا أو الفائدة أمر متيقن المقدار بتحديد سعره ابتــداء عنــد التعامل منسوبا الى رأس المــال ، أما الربح أو العائد فأمر متوقع يقدر مقداره ظنا وتخمينا في ظل الدراسات القائمة على مجموعة من العوامل والمعطيات المتاحة للعملية الانتاجية بعناصرها المختلفة المتفاعلة مع بعضها البعض .

ولا يستطيع عاقل أن يســوى بين المتوقع والمتيقن لا من حيث المقدار ولا من حيث طريقة الحساب ولذلك افترق الربح عن الفــائدة أو الربــا .

أما بقية الفروق الفنية والتفصيلية القائمة على التحليل الاقتصادى البحت ففروق تابعة للأصل الذى ذكرناه وهو أن الفــائدة أمر متيقن ابتداءا والربح أمر متوقع ابتداءا قــد يطرأ من الظروف والملابســات

المستقبلية ما يهدر أسس الدراسة والحساب التى بنى عليها توقع الربح ومن هنا لا يستويان ولا يلتقيان[1] .

وتأسيسا على ما تقدم فلا يتعادل طرف يأخذ نصيبه من مال متيقن وهو رأس المـال وطرف آخـر يأخـذ نصـيبه من مـال متـوقع وهو الأرباح ، هذا فضلا عما اذا أخذنا فى الحسبان أن رأس المـال نفسه قد يهلك أو يضيع على صاحب المشروع أو المقترض أو المدين كل أمل فى الربح ومن ثم ينعدم التعادل فى الحقوق والالتزامات المترتبة على المعاملة الربوية .

ـ الربا او الفائدة لجبر الفرق فى قيمة النقود حال انخفاضها :

لقد حسم المشرع الوضعى هذه المسألة بما نصت عليه المـادة (١٣٤) من القانون المدنى المصرى من أنه :

« اذا كان محل الالتزام نقودا التزم المدين بقدر عددها المذكور فى العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر »[2] .

ولا شك عندنا أن المسلك القانونى قد جاء معبرا عن الواقع ومتفقا مع التحليل الفنى الدقيق للمسألة ، وذلك على النحو التالى :

١ ـ فمن الناحيـة الواقعية فان مقولة أن الفائدة لجبر انخفاض قيمة النقود تغفل أو تتجافى مع أمر منطقى عملى هو أن وقت أو زمن انعقاد العقد الذى محل الالتزام فيه نقودا ـ أى عقد القرض ـ غير زمن الوفاء بهذا الالتزام ومن ثم فان قيمة النقود فى الزمن الأول اذا اختلفت عن قيمتها فى الزمن الثانى بالانخفاض فان النقود التى يتم الوفاء بهـا لا يتم انفاقها فى زمن انعقاد العقد حتى تتم المحاسبة على هذه الفروق فى القيمة والتى تشكل فى هذا الوقت ضررا يحيق بالدائن وانما يتم

---

(١) انظر فى ضوابط التفرقة بين الربح والربا : د. سامى حسن حمود ص ٢٥٤ ، مرجع سابق اذ اقتصرنا فى المتن على محدثات المسألة .

(٢) يستفاد هذا المعنى أيضا من نص المـادة (٢٤٢) من مجلة الأحكام العدلية ـ الطبعة الخامسة ١٣٨٨ هـ (١٩٦٨ م) .

انفاقها فى نفس زمن الوفاء بها لا فى زمن انعقاد العقد ــ وهو ماضى حتما ــ ومن ثم تتحدد قيمة النقود فى زمن الوفاء بها لا بالقياس الى زمن انعقاد العقد اذ لا يتصور ولا يتم انفاقها فيه ، وعلى ذلك فتحديد القيمة فى زمن لاحق بالنظر الى القيمة فى زمن سابق واقتضاء الفرق فى حالة الانخفاض فى القيمة متمثلا فى شكل فائدة أو ربا يكون على غير أســاس سليم من الواقع حيث يتم اتفاق الدين فى زمن الوفاء به وبقيمته التى تحددها العوامل والعناصر المــاثلة فى ذلك الوقت دون غيره وهى متغيرة باستمرار فى كل زمان بحسبه .

ولا تعارض بين ما سبق وبين ما هو متعارف عليه فى علم الاقتصاد مما يسمى بالأسعار القياسية وسنة الأساس فذلك يستخدم كمؤشر لمتابعة دراســة تغيرات الأسعار ومن ثم توقع نسبة التغير فيها وأثر ذلك على الموارد والاستخدامات أو الايرادات والنفقات وهلم جرا ...

٢ ــ ومن ناحية التحليل الفنى للمســألة فان النقود أموال مثلية لا قيمية ولا يتصور أن تكون غير ذلك ، فالنقود باعتبارها وسيط للتبادل ومقياس للقيم لا بد أن تتماثل أحادها وتتخذ سكة مضروبة لذلك تحظى بالقبول العام فى زمان معين ومكان معين ، وعلى ذلك فلا يتصور أن تتبادل النقود الا بمثلها عددا ووصفا ، والا وقع الخلل فيها بذاتها ، فالنقود بذاتها أموال مثلية[1] تتبادل بمثلها عددا ووصفا وهذا هو العدل فيها وفى اتخاذها مقياسا لغيرها من قيم الأشياء ، واذا قلنا بغير ذلك أى اعتبرناها أموالا قيمية فكيف تعاير نفسها أو تقيس نفسها ! وما وجدت الا لكى تكون أثمانا لغيرها من القيم ، واذا اصطلح على كون النقود أثمان لغيرها فكيف تثمن نفسها ؟ وذلك غير متصور الا أن يقع الخلل فى تلك الوظيفة العادلة والحاسمة للنقود بأن تتبادل بمثلها وزيادة ، وبذلك تخرج عن

---

(١) انظر بحثنا : المتاجرة بالأموال والذهب ، طبعة مركز الاقتصــاد الاسلامى بالمصرف الاسلامى الدولى .

طبيعتها ووظيفتها ويضطرب النظام النقدى برمته ويصيبه المس والتخبط[١] ومن ثم النظام الاقتصادى القائم عليه .

٢ ـ صيغ الاستثمار المتداولة :

(أ) طرح صيغة المرابحة كأسلوب رئيسى للتعامل فى عمليات السوق قصيرة الأجل . (مرفق نموذج تطبيق المرابحة كما يجب أن تكون على ضوء الأحكام الشرعية والمذاهب الفقهية) وتحتل صيغة المرابحة على أقل تقدير ٧٥٪ من عمليات المصرف اللاربوى .

(ب) طرح صيغة المضاربة ونصيبها من الممارسة العملية يكاد يكون ضئيلا جدا كما أنها لا تستجيب بصورة أقوى لمتطلبات العمل المصرفى فى البنك الاسلامى اذا كان البنك هو رب المال اذ تحد من سلطانه فى الاشراف والسيطرة والتدخل فى الادارة على أساس أن ذلك قد يتنافى مع أسس المضاربة ، وان كان يجوز للمضارب أن يلجأ لرب المال من قبيل الاستعانة والاستشارة ، الا أنه لا يجوز لرب المال أن يشترط على المضارب العمل معه أو الاشتراك فى الادارة عند جمهور الفقهاء ، لتعارض ذلك الشرط مع شرط التخلية وتسليم المال للمضارب ، ومن هنا كان لا بد من ادخال تعديلات على هذه الصيغة كى تستجيب لمتطلبات الواقع العملى ولا تجافى الأحكام الفقهية .

(جـ) المشاركة المتناقصة أو المنتهية بالتمليك وحظها من الممارسة العملية لا يكاد يذكر الا فى بعض العمليات فى بعض البنوك كما أن ضبطها أو احكام التطبيق العملى على ضوء الأحكام الشرعية يكاد يكون هو الآخر معدودا .

(د) طرح صيغة المشاركة كعقد استثمار وتمويل ونصيبها فى الممارسة العملية هو الآخر لا يكاد يذكر وهذه الصيغة لم تحظ فى البحث

---

(١) وذلك اخذا من قوله تعالى : ﴿ الذين يأكلون الربا لا يقومون الا كما يقوم الذى يتخبطه الشيطان من المس ﴾ (البقرة : ٢٧٥) ـ والمس هو الجنون .

الفقهى بالتدقيق والاجتهاد المطلوب بل والواجب ، فاننا نرى أنه لا تكاد توجد صيغة استثمار بالمشاركة مستقلة أو خاصة تعتبر قسيم المضــاربة والمرابحة كما شاع فى كتابات المهتمين بالاقتصاد الاسلامى بل ان المشاركة ــ فى نظرنا ــ تعتبر أساسا من أسس الاقتصاد الاسلامى الذى يجمع أو يزاوج بين العمل ورأس المــال فى التشغيل وتنطلق من هذا الأساس صور كثيرة من المشاركات تشمل جميع الشركات على الأقل •

٣ ــ الخدمات المصرفية فى البنك الاسلامى والأدوات والصيغ التى يستخدمها البنك الاسلامى فى هذا الصدد لا تخرج عن نظائرها فى البنوك التجارية (الربوية) بعد تطهيرها من الربا ونعرضها على الوجه التالى :

(أ) الأوراق التجارية (الكمبيالة ــ السند الاذنى ــ الشيك) :

تعتبر من أهم أدوات الائتمان قصير الأجل فى البنوك التجارية ومن ثم تتميز بارتفاع درجة سيولتها •

أهم الخدمات المتعلقة بها هى : الخصم ــ التحصيل ــ الضمان •

● الخصـــم :

ولمــا كانت عملية الخصم تقوم فى حقيقتها على بيع دين مؤجــل بنقد عاجل أقل منه وعلى هذا النحو يظهر ما فى عملية الخصم من ربــا لعدم التماثل والتقابض بين الدين وما يدفعه البنك للعميل الدائن فكأن البنك دفع قليلا فى كثير من جنسه فالزيادة من الربا •

ولمــا كانت عملية الخصم فى أساسها بيــع الدين محل الكمبيالة فلا يصح اسباغ وصف الوكالة على هذه العملية ، اذ لا تعود أحكام العقد الى الموكل ــ وهو البائع فى هذه الحالة ــ وقد انقطعت علاقته بتظهير الكمبيالة •

كما لا يجوز اسباغ وصف الحوالة على هذه العملية أيضا لأن ذلك يتنافى مع قاعدة « الأمور بمقاصدها » ، واذا جاز اسباغ هذا الوصف

على العملية فانه يكون من المنطـق القانونى فى المـادة (٣٠٨) مدنى مصرى التى تجيز أن تكون الحوالة بعوض وفى هذه الحالة يضمن المحيل وجود الحق المحال به وقت الحوالة واذا رجع المحال له بالضمان على المحيل فلا يلزم المحيل الا برد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات (مادة ٣١٠ مدنى مصرى) .

ونعتقد أن المنطق القانونى هو السبب المباشر فى اضـفاء وصف الحوالة على هذه العملية حتى يضمن البنك استرداد ما دفعه وفوائده والمصروفات أيضا من المحيل أو العميل ، وهو ما لا تسيغه الأحكام الشرعية فيما يتعلق بالفوائد أخذا أو عطاء فالآخذ والمعطى سواء فى أكل الربا .

وكذلك لا يجوز اسباغ وصف عقد القرض على عملية الخصـم لمجافاته لقاعدة « الأمور بمقاصدها » ولعدم التماثل بين دين القرض الذى حل فيه البنك بمقتضى الحوالة (بافتراض جوازها حتى يتم تصـوير المسألة) وما دفعه البنك كتعويض لهذه الحوالة مع أن المـال المقترض والمؤدى من جنس واحد وهو النقود ومن ثم انتفى التماثل والتسوية فى الأخذ والاعطاء فى القرض وهو من الربا .

● **التحصـيل :**

اذا كان دور البنك هو مجرد قيامه بتحصيل قيمة الورقة التجارية بنـاء على تظهيرها له ولحساب العميل فلا يعدو أن يكون ذلك من قبيل الوكالة الصريحة .

● **الضـمان :**

لمـا كانت الأوراق التجارية تمثل حقوقا لحائزها قبل الغير فلا بأس أن يقبلها البنك ضمن الضمانات التى يطلبها البنك من المتعاملين معه .

(ب) الأوراق المـالية ((الأسهم والسندات)) :

وفى نطاق العمل المصرفى الاسلامى يقتصر الحديث عن الأسـهم

لخلوها من الربا ، ومن ثم يجوز للبنك قبولها وديعة وادارة تحصيل كوبوناتها أو ادارة الاكتتاب فيها ، كل ذلك لصالح الشخص الطبيعى أو المعنوى الذى يمتلكها ويكون عمل البنك فى هذه الحالة على أية صورة من الصور السابقة بمقابل متفق عليه .

(جـ) خطابات الضمان(1) :

ـ تعريفها كما تحصل فى الممارسة :

لعل أدق تصوير للمسألة ما ورد عن بنك فيصل الاسلامى المصرى والسودانى وهو أن خطابات الضمان عبارة عن :

تعهد كتابى يتعهد بمقتضاه البنك بكفالة أحد عملائه فى حدود مبلغ معين تجاه طرف ثالث بمناسبة التزام ملقى على عاتق العميل المكفول وذلك ضمانا لوفاء هذا العميل بالتزامه تجاه ذلك الطرف خلال مدة معينة على أن يدفع البنك المبلغ المضمون عند أول مطالبة خلال سريان الضمان بغض النظر عن معارضة المدين أو موافقته فى ذلك الوقت ... حالة فشل العميل بالوفاء بالتزاماته تجاه الطرف الثالث أو اخلاله بشرط التعاقد معه (2) ...

وهذه الخدمة تمنح العميل ميزة لدى الطرف الثالث وضمانا أقوى ويتقاضى البنك عنها العمولات الآتية :

١ ـ عمولة اصدار خطاب الضمان .
٢ ـ عمولات التمديد أو التعديل .

● **راى هيئات الرقابة الشرعية :**

والسؤال الذى طرح على هيئات الرقابة الشرعية فى البنكين هو :

---

(1) انظر فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل السودانى ص ٦٣ والمصرى ص ٣٦ وما بعدها .
(2) سينصرف الحديث أساسا الى خطابات الضمان غير المغطاة أو المغطاة جزئيا باعتبارها محور وأهم خطابات الضمان .

هل يعتبر هذا العمل من الناحية الشرعية حـلال أو تحوم حوله أيـة شـبهة ؟

وكان رأى هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل المصرى عـدم موافقة الهيئـة على أن يقوم البنك باصـدار خطابات الضمان نظير عمولات يتقاضاها ، وأنه يمكن للبنك أن يشـارك العميل فى العملية المطلوب من أجلها الضمان وعندما تقوم المشاركة بين البنك وعميله وفقا للأسس التى سبق للهيئة أن عرضت لهـا فان ما يصدره البنك فى هذه الحـالة من خطابات ضمان لتقديمها الى الجهة الأخرى المتعاقد معها (أى البنـك وعميله) يعتبر اصدارا من قبله لخطابات ضمان بصدد عملية هو شريك فيها وطبيعى أن يتم هذا الاصدار دون عمولة ، لأن ما يقدمه البنك من جهد فى هذه الحالة انما يدخل ضمن مجهوداته فى المشاركة ومن المعلوم أن ربح المشاركة ونصيب كل من البنك وشريكه العميل متفق عليه فيمـا بينهما ومراعى فى تحديده ما يقدمه كل شريك من مال وجهد .

وفى فتوى لاحقة فى نفس الموضوع انتهت الهيئة أيضـا الى عدم الموافقة على اصدار خطابات ضمان فقط أى مجردة من العمـل نظير عمولة وأنه يمكن للبنك اصدار خطابات الضمان فى مشاركات البنك مع العميل فى العمليات المطلوب من أجلها الضمان وبالمصاريف الفعلية التى تدخل ضمن مصاريف المشاركة .

وكان رأى هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل السودانى أن خطابات الضمان التى أصدرها البنك تدل على أن هذه المعاملة (عقد كفالة) وذلك لأن الكفالة هى :

ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة بدين أو عين أو نفس ــ فالبنك يلتزم فى خطاب الضمان لدى الطرف الثالث ــ المكفول له ــ بتأدية ما على العميل من الحق فى حالة فشله فى الوفاء بالتزاماته ، وبما أن الكفـالة مشروعة باتفاق الفقهاء فان خطاب الضمان يكون مشروعا أيضا هـذا بالنسبة لخطابات الضمان التى ليس لهـا غطاء ، أما خطابات الضمان

التى لها عطاء كلى أو جزئى فانها تتضمن الوكالة والكفالة معا ......
ولا مانع شرعا من خطاب الضمان على هذا التكييف لأن الوكالة عقد مشروع باتفاق الفقهاء أيضا .

أما عن أخذ البنك أجرا نظير خطاب الضمان فانه لا يجوز ، فأخذ الأجر عن الكفالة ممنوع لأنها من عقود التبرعات . قال الحطاب[1] :

« ولا خلاف فى منع ضمان بجعل لأن الشرع جعل الضمان والقرض والجاه لا يفعل الا الله بغير عوض فأخذ العوض عليه سحت » .

وعلل ابن عابدين المنع[2] :

« بأن الكفيل مقرض فى حق المطلوب واذا شرط له جعل مع ضمان المثل فقد شرط له الزيارة على ما قرضه فهو باطل لأنه ربا » .

أما اذا كان الأجر الذى يأخذه البنك نظير ما قام به من خدمة ومصاريف تتطلبها اجراءات اكمال خطاب الضمان فلا مانع شرعا[3] .

ويقول فضيلة الشيخ بدر المتولى عبد الباسط : لا أعلم من فقهاء الاسلام من أجاز أخذ أجر على الضمان [4] .

وقد ورد فى كتاب الخدمات المصرفية فى المصارف الاسلامية أن أخذ الأجرة على الكفالة لم يجزه جمهور الفقهاء[5] .

---

(١) مواهب الجليل جـ ٤ ص ٢٤٢ — الدسوقى مع الشرح الكبير جـ ٣ ص ٦٧

(٢) منحة الخالق على البحر الرائق جـ ٦ ص ٣٢٤٢ — تقنين الشريعة على مذهب الامام مالك ، القسم الثانى ص ٢٠١ ، ٢٠٢

(٣) فتاوى هيئة الرقابة الشرعية ببنك فيصل الاسلامى السودانى ص ٦٥

(٤) الفتاوى الشرعية لبيت التمويل الكويتى ص ٧٠

(٥) اصدار ادارة البحوث بمركز الاقتصاد الاسلامى بالمصرف الاسلامى الدولى ص ١٨ ، ونسب ما ذهب اليه الجمهور الى فتاوى مؤتمر المصرف الاسلامى الثانى بدبى — د. السالوس — حكم أعمال البنوك فى الفقه الاسلامى — ملحق مجلة الأزهر ، عدد ذو الحجة سنة ١٤٠٢ هـ .

● رأينا فى المسألة :

ونظرا لتعدد وتشابك جوانب الموضوع فاننا نحاول بسطه على نطاق فسيح من البحث على النحو التالى :

١ – الجوانب القانونية للمسألة :

(أ) نعتقد أن الجوانب القانونية فى الموضوع ترجع أساسا الى لائحة المناقصات والمزايدات وتوحيد عمليات الشراء الصادر بها القرار الوزارى رقم ٥٤٢ لسنة ١٩٥٧ وتعديلاته ، والقانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ بنظم المناقصات والمزايدات وتعديلاته فى مصر .

تنص المادة (٤٨) من اللائحه المذكورة على أنه :

« يجب أن يقدم مع كل عطاء تأمين مؤقت ... ويكون التأمين نقدا أو كفالة أو ..... » .

وتنص المادة ٤٩ من نفس اللائحة على أنه :

« ... واذا كان التأمين كتاب ضمان وجب أن يصدر من أحد المصارف المحلية المعتمدة وألا يقترن بأى قيد أو شرط وأن يقر فيه المصرف بأن يدفع تحت أمر الوزارة المختصة أو .... مبلغا يوازى التأمين المؤقت وأنه مستعد لأدائه بأكمله أو تجديد مدة سريان كتاب الضمان لمدد أخرى حسبما تراه الجهة الصادر لصالحها التأمين عند الطلب منها دون التفات الى أية معارضة من المتعهد أو المقاول .

وعند ما ترد لاحدى وزارات الحكومة أو مصالحها كفالة عن تأمين نهائى من أحد المصارف المرخص بها فى اصدار كتب كفالة أو أحد فروعها عليها أن تتحقق من أن المصرف أو الفرع قد أعطى اقرارا على هذه الكفالة بأنه لم يجاوز الحد الأقصى المعين لمجموع الكفالات المرخص المصرف فى اصدارها » .

كما تضمن نص المادتين ٥١ ، ٥٤ من اللائحة المشار اليها أن الغرض

من هذا التأمين هو ضمان تنفيذ العقد وقيام المتعهد أو المقاول بالوفاء بالتزاماته العقدية .

ونخلص مما جاء فى لائحة المناقصات والمزايدات المصرية الى ما يأتى.

(أ) بناء على نص القانون أو اللائحة تتطلب الجهة الادارية « تأمين » عندما يقدم العميل على التعاقد معها فى عملية توريد أو مقاولة مثلا وقد يكون هذا التأمين نقدا أو كفالة أو غير ذلك مما أورده النص .

(ب) اذا قدم التأمين فى شكل كفالة من أحد المصارف روعى أن تكون فى حدود السقف المحدد للمصرف فى هذا الخصوص .

(جـ) ان النص قد أطلق على كتاب الضمان الذى يصدره المصرف لصالح الجهة الادارية اصطلاح « كفالة » .

(د) ان كتاب الضمان أو الكفالة يحل بذاته محل التأمين المطلوب من العميل ولذلك يشترط النص فيه عدة شروط هى :

ــ ألا يقترن بأى قيد أو شرط .

ــ أن يقر فيه المصرف بأن يدفع تحت أمر المستفيد مبلغا يوازى التأمين المؤقت وأنه مستعد لأدائه بأكمله أو تجديده مدة سريان كتاب الضمان لمدد أخرى حسبما يراه المستفيد عند الطلب .

ــ عدم الالتفات الى أية معارضة من المتعهد أو المقاول (العميل).

(هـ) ان كتاب الضمان أو الكفالة المصرفية انما صدر بمناسبة أو متعلق بضمان تنفيذ العميل للعقد المبرم بينه وبين المستفيد (الجهة) وعدم اخلاله بشروط ذلك العقد وقيامه بالوفاء بالتزاماته العقدية على أكمل وجه .

(ب) ان نصوص المواد من (٧٧٢ الى ٨٠١) من القانون المدنى المصرى تضمنت أحكام الكفالة ونخص بالذكر من هذه المواد ما يلى :

تنص المادة (٧٧٢) على أن الكفالة عقد بمقتضاه يكفل

شخص تنفيذ التزام « بأن يتعهد للدائن بأن يفى بهذا الالتزام اذا لم نف به المدين نفســـه » .

وتنص المـــادة (٧٧٦) على أن الكفالة لا تكون صحيحة الا اذا كان الالتزام المكفول صحيحا .

وتنص المـــادة (٧٧٨) على أن الكفالة تجـــوز فى الدين المستقبل اذا حدد مقدما المبلغ المكفول كمـــا تجوز الكفالة فى الدين الشرطى .

وتنص المـــادة (٧٧٩) على أن كفالة الدين التجارى تعتبر عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا .

وفى تنظيم العلاقة بين الكفيـــل والدائن تنص المـــادة (٧٨٢) على أن للكفيـــل أن يتمســـك بجميع الأوجه التى يحتج بهـــا المدين ويبرأ بمجرد براءة المدين .

وتنص المـــادة (٧٨٦) على أنه اذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقـــدم فى التفليســـة بالدين والا ســـقط حقـــه فى الرجوع على الكفيل بقـــدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب اهمال الدائن .

وتنص المـــادة (٧٨٨) على أنه لا يجوز للدائن أن يرجـــع على الكفيل وحده الا بعد رجوعه على المدين ولا يجوز له أن ينفـــذ على أموال الكفيل الا بعد تجريده المدين من أمواله ويجب على الكفيـــل فى هـــذه الحالة أن يتمسك بهذا الحـــق .

وفى تنظيم العلاقة بين الكفيل والمدين تنص المـــادة (٧٩٩) على أنه اذا وفى الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن فى جميع ما له من حقوق قبـــل المدين ولكن اذا لم يوف الا بعض الدين فلا يرجـــع بما وفاه الا بعد أن يســـتوفى الدائن كل حقه من المدين .

وتنص المـــادة (٨٠٠) على أن للكفيـــل الذى وفى الدين أن يرجـــع على المدين بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات ويكون للكفيل الحق فى الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع .

٢ ــ الجوانب الفقهية للمسالة :

لقد أردت من العرض السابق ايضاح الواقع القانونى والعملى كما تجريه المصارف التجارية لمسألة خطابات الضمان ، ولا شك أن قيام البنوك الاسلامية بهذا الدور فى نطاق الخدمات المصرفية يفرض عليها بعض القيود أو المحاذير التى تتعارض مع أحكام الشريعة الاسلامية الغراء ومن هنا نعرض لبعض الأحكام الأساسية فى المسألة فى الفقه الاسلامى على النحو التالى :

انه لما يجدر ذكره أن الفقه الاسلامى استعمل مصطلحى « الضمان والكفالة » مجتمعين ومنفردين وأن الربط بين الضمان والكفالة أمر وارد لدى الفقهاء اذا كان المال محلا للالتزام فى كل منهما ، وذكر بعضهم أن الكفالة نوع من الضمان : ومع ذلك قال الخلوتى : ويمكن أن يجاب بأن الضمان أضيق من الكفالة لأنه اذا ضمن الدين لم يسقط الا بأداء أو ابراء ، بخلاف الكفالة بالدين فانها تسقط بهما وبموت المكفول وغير ذلك ، ولا يلزم من كون الشىء نوعا فى شىء آخر مساواة أحدهما الآخر فى الحكم بل قد يختلفان كما فى السلم مع البيع[١] .

كما أن كلا من الضمان والكفالة تبع لأصل هو المضمون عنه والمكفول عنه ، وأنه لا يدخل الضمان والكفالة خيار لأن الخيار جعل ليعرف ما فيه الحظ .

والضمين والكفيل دخلا على أنه لا حظ لهما ، ولأنه عقد لا يفتقر الى القبول فلم يدخله خيار وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى وذكر ابن قدامة أنه لا يعلم فيه خلافا ، وذلك لأن مقتضى الضمان والكفالة لزوم ما ضمنه أو كفل به والخيار ينافى ذلك .. ذكره القاضى[٢] .

---

(١) انظر حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع للبهوتى وحاشيتها الشيخ عبد العزيز العنقرى جـ ٢ ص ١٨٨ ــ مكتبة الرياض الحديثة .

(٢) انظر الشرح الكبير لابن قدامة جـ ٣ ص ٤٧ ، ط. جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية .

وما سبق مقدمات أساسية ذكرناها للربط بينها وبين معطيات المسألة فى التطبيق المصرفى المعاصر .

وعرف الضمان بأنه ضم ذمة الضامن الى ذمة المضمون عنه فى التزام الحق ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما ، وبهذا قال الثورى والشافعى وأصحاب الرأى وأبو عبيد ، وحكى عن مالك فى احدى الروايتين عنه أنه لا يطالب الضامن الا اذا تعذر مطالبة المضمون عنه ولأنه وثيقة فلا يستوفى الحق منها الا مع تعذر استيفائه من الأصل كالرهن[1] .

وقيل فى تعريفه — وهو الأدق والأشمل فى نظرنا — انه :

« التزام ما وجب على غيره مع بقائه وما قد يجب ، ويصح بلفظ ضمين وكفيل .... »[2] .

وقيل : « الضمان تبرع بالتزام حق »[3] .

وعرفت الكفالة بأنها ضم ذمة الى ذمة فى مطالبة شىء (مادة ٦١٢ مجلة الأحكام العدلية) وتصح الكفالة بالحق المالى كالضمان .

والكفيل هو ما تعهد بما تعهد به الأصيل أو المكفول عنه . (مادة ٦١٨ مجلة) .

وتصح الكفالة بالدين المستقبل (مادة ٦٣٦ بتصرف — مجلة) .

٣ — النتائج المستخلصة مما سبق :

(أ) لا غضاضة فى الفقه الاسلامى من الجمع بين الكفالة والضمان اذا كان محلهما مالا ، وهو ما تضمنته نصوص لائحة المناقصات والمزايدات على نحو ما سبق .

(ب) ان خطاب الضمان الذى يصدره البنك انما يصدر بمناسبة تنفيذ عقد بين العميل والمستفيد من خطاب الضمان أو الجهة المالكة

---

(١) انظر الشرح الكبير لابن قدامة جـ ٣ ص ٣٤ — ط . جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية .

(٢) انظر الروض المربع جـ ٢ ص ١٨٠ ، مرجع سابق .

(٣) المرجع السابق ، ص ١٨٢

ومن ثم فانه وان كان خطاب الضمان منفصل عن نصوص العقد الا أنه متعلق به وبمناسبته ، فضلا عن أنه قد يكون تنفيذا لنص القانون على نحو ما سلف بيانه فى نظام المناقصات والمزيدات .

(جـ) ان الخيـــار ينافى مقتضى عقد الكفالة والضمان فى الفقــه الاسلامى ، وذلك يتفق معــه ما جــاء بالنصـــوص النظامية[1] من أن خطاب الضمان لا يقترن بأى قيــد أو شرط ، والاستعداد لأدائه دون التفات الى أية معارضة من المتعهد أو المقاول .

(د) ان خطاب الضـــمان والكفالة تحل محـــل (مبلغ التأمين) المطلوب من العميل .

(هـ) لا اشكال فى الوضع القانونى حول ما يستفيده البنك من اصدار خطابات الضـــمان اذ هو يتقاضى العمولة والمصروفات والفوائد اذا أدى الدين فضـــلا عن أصله ، على حين أن ذلك مثـــار نزاع كبير مع الفقه الاســـلامى للاتفاق على تحريم الفوائد ، ولغلبة الرأى بأن الضمان والكفالة من عقـــود التبرعات وهى بغير عوض ، وأن الكفيل مقرض واشتراط الزيادة على القرض ربا ، وما قاله الفقهاء واضح ونسلم به بشرط أن تتمحض الصـــورة المعروضة لخطابات الضمان فى الدلالة على الكفالة المعروفة فى كتب الفقه الاسلامى .

وهو ما يجعلنا نعرض للعرف المصرفى فى المسألة .

٤ ــ الجوانب المصرفية المستحدثة فى المسألة :

من الملاحقة الدقيقة لمتطلبات العمـــل المصرفى فى البنوك التجارية يتضح أنها لم تقنع بما تقدمه الكفالة من أحكام لكى تواجه بها خطابات الضمان بما تقـــوم عليـــه من أنهـــا تصـــدرها بلا قيـــد أو شرط ودون التفات الى معارضة العميل عند الأداء أو الوفاء ويتضح ذلك مما يأتى:

---

(١) أن مصطلح نظامية يتسع لنص القانون أو غيره من ادوات التشريع كاللائحة والقرار .

(أ) اذا كانت الكفالة المالية التزام بما وجب أو ما قد يجب من المال على الغير لسداده لصالح المكفول له ، فان البنك فى خطاب الضمان يطلق تعهدا مجردا عن ظروف التزام العميل أمام المستفيد ، ومن ثم فلا حاجة بالدائن المستفيد أن يثبت مديونية مدينه العميل واستحقاقه لها[1] ، وهو ما توجبه أحكام الكفالة شرعا وقانونا اذ تشترط صحة الدين ؛ ومن هنا كان محل الالتزام أو طبيعته تختلف فى خطاب الضمان عنها فى الكفالة .

(ب) ان التزام الكفيل فى الفقه الاسلامى « تبع للأصل ووثيقة له » على ما سبق ومن ثم يدور التزام الكفيل مع التزام المكفول فى وجوده وثبوته وصحته ووصفه ومقداره الأقصى وانقضائه ، وفى ذلك يتفق معه ما جاء بالنصوص القانونية على نحو ما ذكرت ، ولكن الأمر على خلاف ذلك فى خطاب الضمان كما تجريه المصارف : فالتزام البنك فى خطاب الضمان غير مرتبط بالتزام العميل المضمون فالمبلغ الثابت فى خطاب الضمان مستحق فور طلب المستفيد ودون التفات الى معارضة العميل ومن ثم كان التزام البنك فى خطاب الضمان التزاما مستقلا من نصوص العقد المبرم بين العميل والمستفيد .

(جـ) وبالنسبة لرجوع الدائن على الكفيل فالحكم فى القانون المدنى على أنه لا يجوز أن يطالب الدائن الكفيل قبل المدين ولا أن ينفذ على أموال الكفيل الا بعد تجريده المدين من أمواله وذلك بعد ثبوت الدين المطالب به .

وقد جاء فى مجلة الأحكام العدلية أن الطالب مخير فى المطالبة ان شاء طالب الأصيل وان شاء طالب الكفيل ومطالبته أحدهما لا تسقط حق مطالبة الآخر وبعد مطالبته أحدهما له أن يطالب الآخر ويطالبهما معا (مادة ٦٤٤) .

---

(١) انظر فى هذا المعنى : د. على جمال الدين عوض ـ عمليات البنوك من الوجهة القانونية ص ٤٨٦ طبعة ١٩٨١ ـ دار النهضة العربية .

ومما يجدر التنبيه اليه أن تبعية دين الكفيل لدين المكفول من حيث الوجود والثبوت والصحة والوصف معا يتعلق بأطراف المعاملة جميعهم الدائن والمدين والكفيل ، ولا تؤثر هذه التبعية على النحو السابق على حق الدائن فى المطالبة التى خيرته فيها مجلة الأحكام العدلية ومن أخذت عنهم من الفقهاء[1] .

ومن ثم يختلف حكم المطالبة فى الفقه الاسلامى عنه فى القانون الوضعى الذى لم يجز مطالبة الكفيل قبل مطالبة المدين وألا ينفذ على أموال الكفيل الا بعد تجريد المدين من أمواله ، وكلا الحكمين مختلف عما عليه العمل فى خطابات الضمان كما تجريها البنوك التجارية فالمبلغ الثابت فى خطاب الضمان مستحق فور طلبه دون التفات الى معارضة المدين (العميل)[2] .

(د) ان البنك فى التزامه بخطاب الضمان ليس نائبا عن العميل وليس له أن يتمسك بالدفوع التى للعميل ضد المستفيد وذلك يبعده عن أحكام الكفالة الواردة فى القانون المدنى الذى يجيز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين ، على حين أن البنك فى خطاب الضمان يلتزم بالدفع أيا كان مركز المضمون وأيا كان مصير العقد بين البنك وبين عميله أو مصير العلاقة بين العميل والمستفيد من الخطاب ، مما حدا بالبعض الى القول بأن التزام الكفيل يجب أن يكون موضوعه التزام المدين الأصلى فان

---

(١) أيضا : انظر الروض المربع جـ ٢ ص ١٩٨٢ المرجع السابق ، فقد جاء فى باب الضمان ان الحق ثابت فى ذمة المضمون والضامن فملك الدائن مطالبة من شاء منهما . . . وكل من الضمان والكفالة حق مالى فصحت الكفالة به كالضمان ، ص ١٨٧ أيضا .

(٢) يرى د. على جمال الدين خلافا لما ذهبنا اليه أن تبعية التزام الكفيل لالتزام المدين الى عدم جواز مطالبة الدائن للكفيل الا بعد رجوعه على المدين حتى يكون الدين ثابتا قبل المضمون ممكنا طلبه قضاء وبذلك بين مبدأ التبعية والمطالبة مع اختلاف طبيعة كل منهما على نحو ما أوضحنا ـ عمليات البنوك من الوجهة القانونية ص ٤٩٨ ، ٤٩٩

اختلف المضمونان انفصل التزام الكفيل وأصبح مستقلا عن التزام المدين ولم نعد أمام عقد كفالة تابع بل أمام عمل أصيل ، فاذا كان المدين الأصلى ملتزما بتوريد بضائع فلا يجوز أن يلتزم الكفيل بأن يدفع مبلغا من النقود فى حالة عدم وفاء المدين ....

فاذا كان محل تعهد البنك مبلغا نقديا وكان محل التزام المدين الأصلى شيئا آخر غير دفع مبلغ من النقود كان التزام البنك الناشىء من خطاب الضمان التزاما أصليا .

أما اذا اتحد المحل فى التزام البنك والتزام المدين الأصلى (عميل البنك) بأن كان التعهد فى الحالتين بمبلغ من النقود كان معيار التفرقة بين كون التزام البنك أصليا أو تابعا هو استظهار ارادة البنك مصدر خطاب الضمان وهذه الارادة قد تكون صريحة فى عبارة الخطاب وقد تكون مستخلصة من الظروف التى أحاطت اصدار الخطاب ويذهب هذا القول الى حد أن القاعدة العامة هى اعتبار خطابات الضمان المصرفية التزامات أصلية لا التزامات تابعة ناشئة عن عقد الكفالة ما لم تكن صياغة خطاب الضمان تدل على أن البنك قصد ابرام كفالة بالمعنى الوارد فى المادة (٧٧٢) مدنى والتى تنص على أن :

« الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفى بهذا الالتزام اذا لم يف به المدين نفسه »[1] .

٥ ـ خلاصة :

نخلص من سرد الجوانب القانونية والفقهية والمصرفية فى خطابات الضمان البنكية الى أن ادخالها فى احدى الصيغ المنصوص عليها فى القانون أو فى الفقه الاسلامى أو اسباغ أوصاف هذه الصيغ

---

(١) المجلة الاقتصادية التى يصدرها البنك المركزى المجلد الأول ـ العدد الأول ـ القاهرة سنة ١٩٦٠ ص ١١١ ، تعليق على حكم محكمة القاهرة المستعجلة فى ١٩٦٠/٣/٥ ـ انظر د. على جمال الدين عوض ـ المرجع السابق ص ٥٠٦ هامش (٢) .

عليها يعتوره اغفـال كثير من مستحدثات العرف المصرفى فى المسـألة على نحو ما سـبق ذكره تفصيلا .

ومن هنـا كانت المحاولة الذكية لاعتبار خطـاب الضمان جزءا من مشـاركة أو مضـاربة بين المصرف وعميله ولكنها محـاولة لا تفى بالغرض لمـا يأتى :

(أ) انها على خلاف قاعدة « الأمور بمقاصدها » .

(ب) انها فى مضمونها تقوم على اعتبار أن الربح يستحق بأسباب ثلاثة هى : المـال ـ العمل ـ الضمان .

على حين أن حقيقـة المسـألة أو أن المسـألة فى حقيقتها ليست كذلك فالبنك الاسلامى يستعير من العمل المصرفى التجارى عمليـات خطاب الضمان بفنياتها المنبتة الصـلة عن فنيات الالتزام الأصـلى بين العميل والبنك على نحو ما سلف شرحه مع محاولة تطهيرها من الربا .

وفى هـذا الخصوص أشـير الى حديث : « الخراج بالضمان »[1] وأن فى معناه متسـع لمقابل طاهر وجزاء عادل اذا قلنا ان من يتحمل تبعة ضـمان شئ وتلف يكون من حقـه أن يحصل على منفعة من الشئ المضمون ، فالمنفعة مقابل الضمان فى هذه الحالة ، ويجرى الاجتهاد حول الأسـاس العادل لتحديد ذلك المقابل أو الجزاء لاشتراك البنك وعميله فى المنفعة المتحصلة .

ففى معنى الحديث وقواعـد الفقهاء متسـع للمسـألة فخراج الشئ هو كل ما خرج منه ، ومن ثم فالخراج فى الحديث هو المنـافع جعلها لمن عليه الضمان [2] ، وقال الزركشى رحمه الله فى قواعـده [3] : ان الخراج ما خرج من الشئ من عين ومنفعة وغلة .

---

(1) اخرجه ابن ماجـه وأبو داود وأحمـد والترمذى والنسـائى وابن حبان من حديث عائشة رضى الله عنها وهو حديث صحيح .

(2) انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفى تحقيق عبد العزيز الوكيل ص ١٥١ ، ١٥٢ ط . مؤسسة الحلبى وشركاه سنة ١٣٨٧ هـ (١٩٦٨ م) .

(3) المنثور فى القواعد جـ ٢ ص١١٩ ـ ط١ ـ تحقيق تيسير فائق أحمد محمود ـ مؤسسة الخليج للطباعة والنشر بالكويت ، ١٤٠٢ هـ (١٩٨٢ م) ـ الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٥٠ ، ١٥١ ـ دار احياء الكتب العربية .

ومن قواعد الفقهاء فى معنى الحـديث الشريف ما قاله شريح بن الحارث الكندى : « من ضمن مالا فله ربحه »[1] .

وعلى هذا الأساس نقول ان البنك وقد ضـمن عميله فى خطـاب الضمان فيكون له نصيب من الربح العائد للعميل من العملية المضمونة أو محل الضمان لشراكته مع العميـل فى هذه العملية شراكة عقد محله ضمان عمل العميل وضمان العمـل نوع من العمـل[2] . وكمـا أن استحقاق الربح يكون تارة بالمـال أو بالعمل يكون تارة بالضـمان ، وساقت المـادة (١٣٤٧) من مجلة الأحكام العدليـة مثلا لذلك فنصت على أنه : اذا أخذ واحـد من أرباب الصنائع تلميـذا عنـده وأعمله ما تقبله وتعهده من العمـل بنصف أجرته فيكون جائزا ، والكسب يعنى الأجرة المـأخوذة من أصحاب العمل كما يكون نصفها مسـتحقا لذلك التلميذ بعمله يكون نصفها الآخر مستحقا للأستاذ أيضا بتعهده وضـمان العمل . فالمثال المذكور قدر حـق المتعهد والضامن النصف فى كسب المتعهد العامل المضمون فى عمله .

وعلى هـذا النحو لا يجوز أن يكون حـق البنك متمثلا فى نسبة من قيمة خطاب الضمان فذلك واضح الشبهة بل صريح الربا ، فما يأخذه البنك فى هذه الحالة سحت ، ومن ثم كان الأعدل والأصـوب هو أن يكون للبنك الضامن حظ من كسب العميل وربحه المـأخوذ من عمله أو العملية بالنسبة التى يتم الاتفاق عليها بينهما ، وبذلك تخرج عمليات خطابات الضمان عن الكفالة بمعناها الدقيق والضيق ، وتصير بما تحمله من مستحدثات العرف المصرفى نوعا من الأنشطة الهـامة والرئيسـية فى المصـارف .

---

(١) انظر أخبار القضاة لوكيع بن حبان جـ ٢ ص ٣١٩ ط . عالم الكتب ــ بيروت ــ مشار اليه فى القواعد الفقهية لعلى أحمـد الندوى ص ٨٢ ط . دار العـلم ــ دمشق .

(٢) انظر المـادة ١٣٤٦ من مجلة الأحكام العدلية .

(جـ) ان العبرة فى العقود للمقاصــد والمعانى لا للألفاظ والمبــانى كما هى القاعدة الفقهية المســتقرة فليس البنك بمقرض ولا المســتفيد مقترضــا ، والعملية كما تجرى فى الواقع العملى خطاب ضمان صادر من البنــك بمبلغ محــدد لصــالح المســتفيد وغير مغطى كليــا أو مغطى جزئيا ويأخــذ حكم الأول فى الجزء الغير مغطى •

(د) الاعتمادات المستندية :

ان نظام الاعتمادات المستندية من معطيات العمل المصرفى فى البنوك التجارية (الربوية) ثم اســتعير العمــل بها فى المصــارف الاســلامية بعد تطويعها لمعطيات العمــل المصرفى الاســلامى وصيغ تشغيل الأموال واستثمارها فيه وبخاصة صيغتى المرابحة للآمر بالشراء والمشاركة •

ولمــا كان نظام الاعتمادات المستندية أصبح أساسا فى التجــارة الخارجية ويقوم على شــبكة من المراســلين فى الخارج يختلف نظــام عملها فى صــلبه عن نظام المصــارف الاســلامية التى لا تتعامل بالفائدة أخذا وعطاء فان ذلك يفرض صــعوبة عملية ومشــكلة حقيقية فى عمل المصــارف الاســلامية لا حــل له الا باتســاع نطاقهــا واقامة تعاون حقيقى بينها على أســاس المعاملة بالمثــل بلا محظورات شرعية أو على أســاس نظام الودائع المتبادلة بحسب عملة بلد البنك المراسل مع الاذن باســتعمال تلك الوديعة بدون « فائدة أو عائد ربوى » •

هذا وان الاعتمــاد المســتندى فى جوهره وفنياته لا يختلف فى عمليات المرابحة لطالبى الشراء أو الآمرين بالشراء عن عمليات المشاركة الا فى أن المصرف فى العمليات الأولى يشترى لنفســه ابتداء بمعنى أنه يمتلك لســلعة قبــل بيعها لطالبها ثانية ، على حين أنه فى المشاركة تكون السلعة للطرفين (البنك والعميل) أى مملوكة لهمــا وان اختلف مقدار ملكية كل منهما بما يترتب عليه من آثار أو نصيب فى العــائد المتحقق ان وجــد •

وبخصــوص عمليــات المرابحة للآمر بالشراء والتى تمر بمرحلتين همــا :

— مرحلة ما أطلق عليه « الوعد » أو طلب الشراء .

— مرحلة البيع بعد تملك البنك للسلعة ثم بيعها ثانية للآمر بالشراء .

فان المرحلة الأولى أسميناها « نوع عقد معلق » أو « اتفاق بتعهد » استنادا الى أنه طالما أن المواعدة من الطرفين معلقة بشروط كل منهما فهى نوع علاقة عقدية أو اتفاق بتعهد ، فالبنك يشترى ويتملك أولا والآمر يشترى ويدفع ثانيا حتى لا يلحق ضرر ما بأى من الطرفين اذ لا ضرر ولا ضرار — أى أن هناك تصرف من طرفين متقابلين يترتب عليه التزام شىء مستقبل ، والتعليق هنا على صفة معينة فان حصلت تلك الصفة حصل العقد ، وان لم تحصل لم يكن هناك عقد[1] . ومن ثم نكون أمام علاقة عقدية معلقة على شرط ، قد يفرض الالتزام والالزام على الطرفين وذلك بحسبه والمصلحة التى يبتغيها أطراف العقد ومقصودهما منه وقد أطلق القانون المدنى الأردنى رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ المعمول به حاليا فى المادة (١٠٥) منه مصطلح « اتفاق بتعهد » على الاتفاق الذى يتعهد بموجبه كلا الطرفين أو أحدهما بابرام عقد معين فى المستقبل ولا ينعقد الا اذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه والتى يجب ابرامه فيها[2] .

* * *

---

(١) انظر قاعدة العقود لشيخ الاسلام ابن تيمية ص ٢٢٨ — ايضا اعلام الموقعين لابن القيم جـ ٣ ص ٣٩٨

(٢) من المعروف أن أحكام القانون المدنى الأردنى استقيت من الشريعة الاسلامية كما أن نص المادة (١٠٥) اردنى على النحو المشار اليه يفضل عندى نص المادة (١٠١) من القانون المدنى المصرى رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ والمعمول به حاليا لحسم المادة (١٠٥) لنزاع ثار فى الفقه حول الوعد ومدى الزامه . وقريب من نص المادة (١٠٥) مدنى أردنى نص المادة (٨٤) من مجلة الأحكام العدلية التى تقول : « المواعيد باكتساب صور التعاليق تكون لازمة ، فمثلا لو قال رجل لآخر : بع هذا الشىء لفلان وان لم يعطيك ثمنه فأنا أعطيه لك فلم يعط المشترى الثمن لزم على الرجل اداء الثمن المذكور بناء على وعده المعلق » .

المبحث الثـالث

الضمانات فى اعمـال البنـوك

تنقسم الضمانات فىأعمال المصارف اللاربوية الى قسمينأساسيينهما :
١ ــ الضمانات فى حقوق العباد ٠
٢ ــ الضمانات فى حقوق الله ٠

اولا ــ الضمانات فى حقوق العباد :

لقد احتلت مسـألة الضمانات التى يضمن بها البنـك حقـوقه قبل المتعاملين معه اهتماما واسـعا فى هذه الأيام بعد أن تأثرت نشاطات المصـارف اللاربوية بالتعامل على أسـاس الثقة الشخصية أو ما أسميه بـ « الثقة المخدوعة » ٠

١ ــ ونظام البنوك التجارية حافل بالضمانات أعدها عدا فأقول : تنقسم الى نوعين رئيسيين هما :

● الضمانات الشخصية :

١ ــ الكفالة العادية والكفالة التضـامنية لتجنب الدفع بالتجريد وانقسـام الدين ٠

٢ ــ حوالة الحق فقط والحوالة مع الكفالة التضامنية بمعنى أن المحيل يتعهد كذلك باعتباره أو بوصفه كفيلا ضامنا للمدين ٠

● الضمانات العينيـة :

تشمل الرهون بأنواعها المختلفة سـواء أكانت عقارية أو منقولة ، والأخيرة سواء أكانت بضاعة أو أوراق مالية أو تجارية تمثل حقوقا لدى الغـير ٠

وقد تكون الضـمانات العينية على مال غير مملوك للمدين أى من كفيل عينى ٠

٢ — وهناك ضمانات خاصة بعمليات معينة كفتح الاعتمادات مثل: فتـح الاعتمـاد بضـمان التنـازل عن حـق العميـل لـدى صاحب العمل فى عقود المقاولة والتوريد وذلك التنازل من العميل عن حقه لدى الغير ضـمانا لسداد الاعتماد .

٣ — رهن المنقول :

نظرا لأهميته ودقته وشيوعه فى العمل نفرده بالبحث :

(أ) موقف القانون المدنى المصرى من رهن المنقول :

تنص المـادة (١١٢٢) من القانون المدنى المصرى على أنه :
« تسرى الأحكام المتقـدمة (فى رهـن المنقول) بالقـدر الذى لا تتعارض فيـه مع أحكام القوانين التجارية و ... وأحكام القوانين واللوائح المتعلقة بأحوال خاصة فى رهن المنقول » .

وتتضمن المـادة (١١١٠/١) من القانون المذكور أن الرهن يخول الدائن المرتهن الحق فى حبس الشيء المرهون عن الناس كافة ....

وتنص المـادة (١١٠) على أنه :

« اذا رجع المرهـون الى حيـازة الراهن انقضى الرهن الا اذا أثبت الدائن المرتهن أن الرجـوع كان بسبب لا يقصـد به انقضـاء الرهـن .. » .

ويتضح من هذه النصوص أن القـانون المدنى المصرى لم ينظم الحـالة التى يكون فيها المنقول المرهـون فى حيـازة المدين الراهـن الا فى مجـال ضيق جدا فى السـفن البحرية والمحل التجارى كما أنه لم يغلق المسـألة فأعطى للقانون التجارى وللقوانين واللوائح المتعلقة بأحـوال خاصـة فى رهن المنقول فرصـة تنظيمها بما يتلاءم ويتناسب مع ظروف التجارة والأحوال الخاصـة فى رهن المنقول ومن هذا المنطلق نستطيع القول بأن القانون المدنى المصرى فى المـادة (١/١١٠) منه اذا

كان قــد أعطى الدائن المرتهن الحــق فى حبس الشىء المرهــون الا أنه أجاز له أن يأذن للمدين الراهن بحيازة المرهــون دون أن يقصد بذلك انقضاء الرهن (مادة ١١١٠ منه) •

ولمــا كانت أعمال البنوك تعتبر تجارية وبصفة خاصــة اذا كان الالتزام المضمون تجاريا وقد استقر قضــاء محكمة النقض فى مصر على أن قروض البنــوك التى تعقدها فى نطاق نشــاطها المعتاد تعتبر عمــلا تجاريا مهمــا كانت صــفة المقترض وأيا كان الغرض من القرض[1] ، فان جواز أن يأذن المرتهن للراهن بحيــازة الســلعة المرهــونة بغرض بيعها ويكون الثمن رهنــا فى مقــام المبيع أمر يرخص فيــه القــانون المدنى المصرى نفســه بمقتضى المــادة (١١٢٢) على ما سلف بيانه وان كان بطريق غير صريح أو غير مباشر لاعتبــارات التجــارة والأعمــال التجارية التى تختلف عن الأعمال المدنية فى كثير من الأحكام •

(ب) أما المشرع الفرنسى فقــد واجه المســألة (رهن المنقول) مواجهة صريحة انطلاقا من أن معظم المنقولات التى لهــا قيمــة ويمكن للتاجر أن يرهنها تتعلق باســتغلاله التجارى ، ومن ثم فان نقــل حيازتها الى الدائن يعطل مالكها عن مباشرة نشاطه فيها مما يجعل رهنها فى غالب الأحيــان غير مفيد ، ولذلك لجــأ المشرع الفرنسى الى وضــع تنظيم لرهن المنقول يحمى فيــه كافة المصــالح المتعارضة ، بحيث لا يلزم لنفاذه نقل الحيــازة الى الدائن بل انه يشــهر بالقيد فى ســجل خاص ليعلم به الغير ، ولذلك فعنــدما يتصرف المدين فيــه الى الغير فان الغير يعلم عندئذ أنه مرهــون[2] •

(ج) فى الفقــه الاســلامى :

لقد كان الفقه الاســلامى أســبق من المشرع الفرنسى وأوســع تصــورا من مشرع القــانون المدنى فى المواد السابق ذكرها اذ نصت المــادة (٧٤٧) من مجلة الأحكام العدلية على ما يأتى :

---

(١) انظر د. جمال الدين عوض ــ المرجع السابق ص ٨٥٧

(٢) أورد ذلك د. على جمال الدين عوض ــ المرجع السابق ص ٨٥٥

« لو باع الراهن بدون رضا المرتهن لا ينفذ البيع ولا يطرأ خلل على حـق حبس المرتهن ولكن اذ أوفى الدين يكون ذلك البيع نافـذا وكذا اذا أجاز المرتهن البيع يكون نافذا ويخرج الرهن من الرهنيـة ويبقى الدين على حاله ويكون ثمن المبيع رهنـا فى مقـام المبيع[1] ، وان لم يجز المرتهن البيع فالمشترى يكون مخيرا ان شـاء انتظر الى أن يفك الراهن الرهن وان شاء رفع الأمر الى الحاكم حتى يفسخ البيع » .

وفى أقوال الفقهاء متسـع يجلب التيسير ويدفع المشـقة ويحقق المصلحة الراجحة .

فيقول الامام الكاسانى : « اذا قبضه المرتهن أو العدل ثم تراضيا على أن يكون فى يد الراهن ووضعه فى يده جاز لأن القبض الصحيح للعقد قـد وجد وقـد خرج الرهـن من يده فبعـد ذلك يده ويد الأجنبى سـواء »[2] .

كما أورد الكاسـانى قول الامام الشافعى[3] وهو أكثر سعة اذ يقـول : « أما حـق حبس المرهون فليس بحكم لازم حتى ان كان المرهون شـيئا يمكن الانتفاع به بدون اسـتهلاكه كان للراهـن أن يسـترده من يد المرتهن فينتفع به فاذا فرغ من الانتفاع رده اليـه وان كان شـيئا لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه كالمكيل والموزون فليس للراهن أن يسترده من يد المرتهن ، واحتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا يغلق الرهن .. لا يغلق الرهن[4] هو لصاحبه الذى رهنه ، له غنمه وعليه غرمه » .

---

(1) جاء فى بدائع الصنائع : « الثمن فى باب البيع بدل المبيع وأنه مرهون فجاز أن يكون بدله مرهونا ... » جـ ٥ ص ١٤٦ — المرجع السابق .

(2) بدائع الصنائع جـ ٥ ص ١٣٧ ، ط ٢ — دار الكتاب العربى .

(3) المرجع السابق ، جـ ٥ ص ٤٥ .

(4) رواه الأثرم .

فأخبر عليه الصلاة والسلام أن الرهن لا يغلق أى لا يحبس ... وكذا أضاف عليه الصلاة والسلام الرهن الى الراهن بلام التمليك وسماه صاحبا له على الاطلاق ، فيقتضى أن يكون هو المالك للرهن مطلقا رقبة وانتفاعا وحبسا ... ولأن الرهن شرع توثيقا للدين وملك الحبس على سبيل الدوام أيضا ، ومعنى الوثيقة لأنه يكون فى يده دائما وعسى يهلك فيسقط الدين فكان توهينا للدين لا توثيقا له ولأن فى الحبس تعطيل العين المنتفع بها فى نفسها من الانتفاع لأن المرتهن لا يجوز له الانتفاع بالرهن أصلا والراهن لا يملك الانتفاع به عندكم (يقصد الحنفية) فكان تعطيلا والتعطيل تسييب وأنه من أعمال الجاهلية وقد نفاه الله تبارك وتعالى بقوله : ﴿ ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة ﴾ (المائدة ١٠٣) .

كما جاءت فى الروض المربع للشيخ منصور البهوتى من علماء الحنابلة نصوص حاسمة فى المسألة فيقول رحمه الله [١] :

« ويصح الرهن مع الحق ويصح بعده ويجوز رهن المبيع قبل قبضه ـ غير المكيل والموزن والمزروع والمعدود ـ على ثمنه وغيره عند بائعه وغيره لأنه يصح بيعه بخلاف المكيل ونحوه لأنه لا يصح بيعه قبل قبضه فكذلك رهنه .... » .

واذا كان ذلك كذلك وكانت الحاجة داعية اليه فانها أدعى فى المعاملات التجارية والمصرفية على وجه أخص نظرا للمخاطر التى يتعرض لها البنك وحاجته فى نفس الوقت الى البدائل التى تذلل المشقة وتهون الصعاب فى عمله ونشاطاته .

٤ ـ غرامة التاخير (التعويض) :

نظرا لذيوع « غرامات التأخير » فى أعمال البنوك التجارية واللاربوية على السواء فاننا نتناولها بالبحث المقارن والموازن فى كل

---

(١) حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع جـ ٢ ص ١٦١ ، ١٦٣ ـ طبعة مكتبة الرياض الحديثة .

من القانون الوضعي والفقه الاسـلامى ، حتى لا يقع اللبس والتلبيس وذلك على النحو التالى :

(أ) موقف القانون من غرامة التاخير :

تنص المـادة (٢٢٦) مدنى مصرى على أنه :

« اذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين فى الوفاء به كان ملزما بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قدرها (٤٪) فى المسائل المدنيـة و (٥٪) فى المسـائل التجارية وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بهـا ان لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخا آخر لسريانها وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره » .

وتنص المـادة (٢٢٧) مدنى مصرى على أنه :

« (أ) يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سـعر آخر للفوائد سـواء أكان ذلك فى مقابل تأخير الوفاء أم فى أية حـالة أخرى تشـترط فيها الفوائد على ألا يزيد هذا السـعر على (٧٪) فاذا اتفقـا على فوائد تزيد على هذا السـعر وجب تخفيضها الى سـبعة فى المـائة وتعين رد ما دفع زائدا على هـذا القدر .

(ب) وكل عمولة أو منفعة أيا كان نوعها اشترطها الدائن اذا زادت هى والفائدة المتفـق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره تعتبر فائدة مستترة وتكون قابلة للتخفيض اذا ما ثبت أن هذه العمولة أو المنفعـة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا منفعة مشروعة » .

وتنص المـادة (٢٨٨) مدنى مصرى على أنه :

« لا يشـترط لاستحقاق فوائد التأخير قانونية كانت أو اتفاقية أن يثبت الدائن ضررا لحقه من هذا التأخير » .

وما يهمنا اظهاره من هذه النصوص ما يأتى :

١ ـ ان فوائد التأخير مرتبطة بالتزام محله مبلغا من النقود معلوم المقدار وقت الطلب .

٢ ـ انها مرتبطة بالتأخير فى الوفاء بهذا الالتزام أى أنها لصيقة بعنصر الزمن أصلا ومن ثم لا يشترط اثبات ما لحق الدائن من ضرر ناتج عن هذا التأخير حتى تستحق فوائد التأخير أيا كان مصدرها أى سواء أكان مصدرها نص القانون أو الاتفاق ..

٣ ـ ان فوائد التأخير على الرغم من ارتباطها بالزمن المتمثل فى تأخير الوفاء الا أنها تؤخذ على سبيل التعويض عن هذا التأخير نفسه فلزم الانتباه لئلا يقع اللبس بين فوائد التأخير والتعويض عن الضرر ، على حين أن محل كل منهما مختلف عن الآخر فالأول محله الزمن والثانى محله الضرر وان كان الأول نوع ضرر أو يتمخض عنه الضرر الا أن الاختلاف أساسى بينهما اذ يرتبط الضرر بما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب معا [1] كنتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخير فى الوفاء به ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية اذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول أو كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد (راجع مادة ٢٢١ مدنى مصرى) . وبذلك ينمحص الاختلاف بين فوائد التأخير والتعويض فى ارتباط الأولى بعنصر **الزمن مجردا** من أى شىء آخر ـ أى التأخير ، وارتباط الثانى بالضرر ولو لم يكن هنالك زمن ـ أى تأخير ، لذلك لزم التنويه والانتباه ، هذا فضلا عن أن محل الالتزام الأصلى فى الحالة الأولى يتمخض مبلغا من النقود معلوم المقدار وقت الطلب .

---

(١) وقد ميزت محكمة النقض المصرية بين تفويت الفرصة وهو أمر محقق والأمل فى الكسب وهو أمر احتمالى ويجب اعتبار العنصر الأول عند تقرير التعويض عن الضرر (نقض مدنى رقم ٨٦٠ لسنة ٥٤ جلسة ١٩٧٩/٥/١٦ ـ غير منشور ـ انظر أحكام الالتزام ـ أستاذنا د. عبد الودود يحيى ـ ص ٤٤ ـ طبعة ١٩٨٧ ، دار النهضة العربية) .

٤ ــ ان مشرع القانون المدنى نبــه الى ما قــد يقوم به أطراف الالتزام من اضــفاء وصف غير حقيقى على فوائد التــأخير فيسمونها « عمولة » أو يحصــل الدائن على أنواع أخرى من المنافع يشــترطها بقصــد مخالفة الحــد الأقصى للفــوائد اذ اعتبر القــانون العمــولة أو المنفعة المتحصلة فى هــذه الحالة فائدة مستترة ومن ثم تكون قابلة التخفيض الى الحــد المسموح به قانونا وهو (٧٪) ووضع القانون فى نفس الوقت معيــارا أو ضابطا لهذا النوع من العمــولة أو المنــافع بأنه لا توجد فى مقابله خدمة حقيقية يؤديها الدائن .

٥ ــ مما يجدر ذكره فى هذا المقام التعويض الاتفاقى أو ما يسمى فى القــانون بالشرط الجزائى وهو اتفــاق طرفى الالتزام على جــزاء الاخلال بهذا الالتزام ســواء بعدم تنفيذه أو التأخير فيــه وعلى هــذا النحو فهو الاتفاق على مقــدار التعويض الذى يدفعــه المدين ومن ثم كان تابعا للالتزام الأصلى (مادة ٢٢٣ مدنى مصرى) .

ولا يســتحق هذا التعويض الاتفاقى اذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر وعــدم تنفيذ المدين لالتزامه التعــاقدى يعتبر فى ذاته خطأ يرتب المسئولية[١] .

٦ ــ ورغبة من المشرع الوضعى فى تقييد الربا اشترط لاستحقاق الفوائد المطالبــة القضــائية بأصل الدين بالاضــافة الى الفوائد فان أغفل المطالبة بالفوائد فلن يحكم له بها [٢] . وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية من أنه من شروط اســتحقاق فوائد التأخير القانونيــة المطالبة القضائية بها [٣] ، وقــد خــالف المشرع بذلك ما اشــترطه

---

(١) نقض مدنى جلسة ١٩٦٨/١٢/٢ ، مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ رقم ٢٢٧ ص ١٤٩٠ ، انظر المواد أرقام ٢٢٤ ، ٢٢٥ مدنى مصرى .

(٢) انظر ــ استاذنا د. عبد الودود يحيى ــ أحكام الالتزام ص ٥٨ ط ١٩٨٧ ــ دار النهضة العربية .

(٣) نقض مــدنى جلســة ١٩٦٨/٦/٦ ، مجموعة المكتب الفنى لسنة ١٩ ص ١١٠ ــ وجلسة ١٩٦٤/١٢/٣١ ، مجموعة المكتب الفنى السنة ١٥ ص ١٢٣٧

لاستحقاق التعويض بوجه عام من وجوب اعذار المدين بانذار على يد محضر أو ما يقوم مقام الانذار (مادة ٢١٨ مدنى) .

ومع ذلك أجازت المادة (٢٢٦) مدنى أن يكون تاريخ سريان الفوائد مرده الى الاتفاق أو العرف التجارى أو القانون والا فمن تاريخ المطالبة القضائية .

٧ — وخلاصة الأمر أن المشرع فى القانون الوضعى قد أورد ثلاثة أنواع من التعويض هى :

(أ) التعويض القضائى .
(ب) التعويض الاتفاقى أو الشرط الجزائى .
(جـ) التعويض القانونى أو الفوائد .

وربط — من وجهة نظرنا — التعويض القضائى والاتفاقى بالضرر المشتمل على ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب واعتبار الأمرين معا ، على حين ربط التعويض القانونى أو الفوائد بالزمن ولذلك لا تستحق الا عن التأخير فى الوفاء بالالتزام ، ولا يتصور استحقاقها عن عدم تنفيذ الالتزام لارتباطها بكون محل الالتزام مبلغا من النقود معلوم المقدار وقت الطلب ، وأما ما يذهب اليه القضاء [1] من أن الضرر فى هذه الحالة مفترض افتراضا لا يقبل اثبات العكس فى هذه الحالة أو غير قابل لاثبات العكس أمر غير مسلم فى الواقع الاقتصادى وما قد يكتنفه من فترات كساد لا تستوعب التشغيل الكامل لرأس المال فى فترة من هذه الفترات — هذا فضلا عما يحمله هذا الاتجاه فى القضاء من تناقض اذ أن تقدير القانون للفوائد انما هو تقدير جزافى أو نظامى بحت أى مرتبط فقط بارادة المشرع دون الضرر الذى قد يزيد أو ينقص عن مقدار الفوائد

(١) نقض مدنى جلسة ١٩٦٤/٦/١١ ، مجموعة المكتب الفنى السنة ١٥ ص ٢٢٨ ، انظر أيضا أستاذنا د. عبد الودود يحيى — أحكام الالتزام ص ٦٤ مرجع سابق .

فالفوائد تستحق سواء لحق الدائن ضرر من التأخير أم لم يلحقه أى ضرر وسواء أكان الضرر أكبر أو أقل من مقدار الفوائد .

(ب) موقف الفقه الاسلامى من غرامة التاخير (١) :

من المتفق عليه ابتداء لدى الفقهاء تحريم فوائد التأخير المنصوص عليها فى المادة (٢٢٦) من القانون المدنى المصرى حتى ولو أطلق عليها النص القانونى مصطلح « التعويض » عن التأخير فى الوفاء بالتزام محله مبلغا من النقود ، اذ تعتبر هذه الفوائد من الربا المحرم شرعا باعتبارها زيادة مشروعة أو مقررة بنص القانون على أصل الدين وهذا ما يشهد به النص نفسه ومن ثم لا يحتمل تأويلا أو اجتهادا .

وعلى هذا النحو لا يبقى معنا من صور التعويض المنصوص عليها قانونا سوى التعويض القضائى والاتفاقى أو الشرط الجزائى وكلاهما مناطه الضرر ، الا أن تقدير الضرر فى الأول أو مقدار التعويض يكون عن طريق القضاء وفى الثانى يتفق عليه أطراف الالتزام سلفا ، وفائدة الشرط الجزائى أن الدائن يعفى من عبء اثبات الضرر ومن ثم يفترض حدوث ضرر لحقه الا أن يثبت المدين العكس أو يثبت أن الشرط مبالغ فيه لدرجة كبيرة ، ولكن لا يستطيع القاضى الا أن يزيل ما فى الشرط من مبالغة دون أن ينزل به الى مساواته بالضرر ، والعكس كذلك لا يستطيع القاضى أن يحكم الا بقيمة الشرط الجزائى حتى ولو كان أقل من الضرر الواقع الذى أصاب الدائن ، ما لم يثبت الدائن أن المدين ارتكب غشا أو خطأ جسيما ، كما لو تعمد عدم تنفيذ التزامه فانه يجب على القاضى فى هذه الحالة أن يحكم بتعويض يتعادل مع الضرر حتى ولو كان أكثر من قيمة الشرط الجزائى . (المادة ٢/٢١٧ ، ٢٢٥ مدنى) .

---

(١) لقد استعمل مصطلح « غرامة التأخير » فى بعض المصارف والمؤسسات المالية الاسلامية ثم شاع استعمال مصطلح « التعويض » باعتباره الأصوب والأدق .

● **مصطلح غرامة التاخير :**

ان مصطلح غرامة التأخير بشـــقيه من لفظى « الغرامة والتأخير » مجتمعين مصطلح مستحدث ويرجع أســاسا الى الممارســات العملية فى المصارف اللاربوية .

وان كان لفظ الغرم يرجع الى حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الزعيم غارم » ، ولفظ التأخير يدخل بمعناه فى حديث الرسول صلى الله عليه وسلم : « مطل الغنى ظلم » .

واذا كان التنظيم القانونى الوضعى يفرق بين مصطلحى « الغرامة » و « التعويض » اذ الأول من مســتخدمات القانونى الجنــائى كعقوبة جنائية والثانى من مستخدمات القانون المدنى كتعويض عن الضرر .

كمــا أن مصطلح « التأخير » من مستخدمات القانون المدنى فى الفوائد القانونية على وجه الخصوص ولهذا لزم التنويه والتنبيه .

ولهذا يؤثر مصطلح « التعويض » أو « الضمان » فى الاستخدام الفقهى فى المصــارف والمؤسسات المــالية الاسلامية لجبر الأضرار التى تحيــق بها بسبب مماطلة المتعاملين معهــا فى الوفاء بالتزاماتهم المــالية والتعاقــدية مما يعوق مســيرتها ويعرض الأموال للمخاطر ويدخلها فى المشــاكل القانونية والادارية وما يترتب عليها .

(ج) موقف القانون والفقه من الدائن والمدين :

اذا كان التنظيم القــانونى يمم وجهه شــطر التعويض ومقــداره وأسبابه وكيفية اقتضائه وكذلك الفوائد ، فان التنظيم الشرعى والفقهى يمم وجهه شــطر المدين وفرق بين حالتين هما :

(أ) حالة المدين الغنى المماطل .

(ب) حالة المدين المعسر .

كما يمم وجهه شطر الدائن المضار أو المضرور وفرر حقه فى جبر الضرر لحدبث الرسول صلى‌الله عليه وسلم : «لا ضرر ولا ضرار»[1].

والحديث يحمل فى معانيه الضرر وأسبابه من المباشرة والتسبب وأنه من المنهيات فى الشرع .

(أ) المدين الغنى المماطل :

١ ـ عقوبته :

وبخصوص المدين الغنى المماطل أوجب الشرع عقوبته ، وتقرير العقوبات هنا من باب التعزيرات التى يضعها ولى الأمر وبخاصة فى النواحى المالية والاقتصادية ، وهذا الشق يعتبر من النظام العام لضرورة المحافظة على سلامة الأسواق من المماطلين وتطهير المعاملات كذلك من اللدد والخصومات ، بما لا يتحمله انظام التعامل فى المال والاقتصاد[2] .

٢ ـ تضمينه :

وهناك وجه آخر لمماطلة المدين الغنى يمس الدائن وما قد يصيبه من ضرر من جراء مماطلة المدين الغنى وعدم تنفيذه لالتزامه وتأخره فى الوفاء به ، وفى هذا الخصوص فان القانون اشترط لاستحقاق الدائن للتعويض فى هذه الحالة حصول خطأ من المدين واعتبر أن مجرد عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدى يعتبر فى ذاته خطأ يرتب المسئولية ولا يغنى عن توافر هذا الشرط أن يكون التعويض مقدرا فى العقد ، لأن هذا التقدير ليس هو السبب فى استحقاق التعويض وانما ينشأ الحق

---

(١) انظر فى معانى الحديث : ابن رجب الحنبلى ـ جامع العلوم والحكم ص ٢٨٨ ، الأخ المرحوم أ.د. حسن عنانى ـ لا ضرر ولا ضرار ص ٨

(٢) انظر الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية لابن القيم ص ١٤٤ اذ يقرر أن جاحد الحق او الممتنع عن ادائه مع قدرته ظالم يستحق العقوبة شرعا لانتزاع ما عليه من دين .

فى التعويض عن عــدم تنفيــذ الالتزام أو التأخير فى تنفيذه كمــا أنه لا يكفى لاســتحقاق التعويض ولو كان اتفاقيا مجرد توافر ركن الخطأ فى جانب المدين بالالتزام وانما يشــترط أيضــا توافر ركن الضرر فى جانب الدائن فاذا أثبت المدين انتفاء الضرر سقط الجزاء المشروط[1]، وعلى هــذا النحو فاذا كان القانون اعتبر عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو تأخره فى ذلك خطــأ يترتب عليــه مسئوليته عن تعويض الدائن عما أصــابه من ضرر فان الفقه الاســلامى اعتبر حصــول الضرر بالدائن مقدم على خطــأ المدين فى استحقاق التعويض ومن هنــا لا بد أن تتمخض مماطلة المدين عن ضرر يقع بالدائن فعــلا وعليه اثباته فعــلا لا ظنا ولا تخمينا أو تقــديرا أو حكما أو جزافا ٠

٣ ــ الأساس العادل لتقدير التعويض او للضمان :

هنا ينقدح اجتهاد الفقهــاء فى استخراج الأســاس العادل لتقدير التعويض : ففى ضــمان المتلفات يضــمن المــال المثلى بمثله والقيمى بقيمته ، وفى تقدير تعويض الضرر الذى يلحــق بالبنك من جراء تأخر المدين فى السداد ، مناط للبحث والتقصى ؛ ونرى فى هذا الصدد مجموعة من الاعتبارات التى تؤخذ فى الحسبان :

الأول فى ذلك : هو أن تكون أموال البنك فى حالة تشغيل كامل وأنها تحقق ربحا حتى يمكن أن يتخذ الربح الفعلى الذى حققه البنــك فى المــدة التى تأخر فيها المدين عن الوفاء أساسا للتعويض واذا لم يتمكن البنك من ذلك ففى المسألة نظر ٠

الاعتبار الثانى : هو أنه يمكن أن تؤخذ فى اعتبار تقدير التعويض

---

(١) انظر نقض مدنى ١٩٦٧/١١/١٤ ــ مجموعة المكتب الفنى السنة ١٨ رقم ٢٥٢ ص ١٦٦٨ ، نقض مدنى ١٩٦٨/١٢/٥ ــ مجموعة احكام النقض الســنة ١٩ رقم ٢٢٧ ص ١٤٩٠ ، نقض مدنى ١٩٧٩/١/٢٥ ــ مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٠ رقم ٧٥ ص ٣٨٥ ، استاذنا د. عبد الودود يحيى ــ احكام الالتزام ص ٤٩ ــ مرجع سابق ٠

ما حققه المدين من ربح — اذا كان تاجرا — من المـال الذى أخر الوفاء به فى مدة التأخير[١] .

الاعتبار الثالث : ومن ناحية ثالثة فان نوع النشاط الذى تستثمر فيه الأموال يكون محل اعتبار فى تقدير التعويض المستحق للبنك .

الاعتبار الرابع : أنه اذا تعذر أو استحال ذلك فيكون متوسـط الأرباح فى عمليـات الاستثمار فى البنـك بشرط أن تكون أمواله فى حالة تشغيل كامل كما سلف .

الاعتبار الخامس : وهو ما لحق البنك من خسـارة وما فاته من كسب بسبب امتناع المدين بغير عذر قهرى عن الوفاء بالتزاماته أو تأخره فى ذلك وهذا الاعتبار درج على القول بـه كثير من الباحثين[٢] الذين تعرضـوا لبحث مسـألة الضمانات والتعويض فى ممارسـات البنـوك والمؤسسات المـالية الاسلامية وهـذا الاعتبار أو المعيار هو ما أخذ به القانون الوضعى بضوابطه فى المـادة (٢٢١) مدنى اذ اشترط أن يكون ما لحق الدائن من خسـارة وما فاته من كسب نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر فى الوفاء به ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية اذا لم يكن فى اسـتطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهـد معقول ، وليس الأمر على هـذا الاضطراد فى البنوك أو المؤسسات المـالية الاسلامية بمعنى أنه فى الحالات التى لا يكون فى استطاعتها توقى الضرر ببذل جهد معقول وبخاصـة تلك الحالات التى تعانى فيها من فائض سيولة فتنخرم القاعدة المنصوص عليها فى المـادة (٢٢١) مدنى[٣] وهو ما يجب أن يؤخذ فى

---

(١) انظر : د. محمد الشحات الجندى — عقد المرابحة ص ٢٣١ ، ط . دار النهضة ١٤٠٦ هـ (١٩٨٦ م) .

(٢) نفس المرجع السابق .

(٣) ولا يجوز الاحتجاج فى هذا الصدد بفكرة الضرر المباشر الذى يقتصر عليه التعويض فى المسئولية العقدية وأن وجود فائض سيولة يشكل ضررا غير مباشر اذ أنه من العسير بل انه يجافى الحقيقة التى يقوم عليهـا البنك الاسلامى وهو أنه بنك استثمار لا تتجزأ أمواله فالضرر فى جميـع الأحوال وفى النهاية واحد وهو لحوق الخسارة وفوات الكسب .

الحســبان طبقا للمادة (١٧٠) من القــانون المدنى التى نصت على أن القاضى يقدر مدى التعويض عن الضرر الذى لحق المضرور مراعيــا فى ذلك الظروف الملابســة • ومما يجب التنبيــه اليه فى هذا الخصوص أيضا ما تنص عليه المــادة (٢١٦) مدنى من أن اشــتراك الدائن بخطئه فى احداث الضرر أو زيادته يجيز للقــاضى أن ينقص مقــدار التعويض أو ألا يحكم به ، ولا شــك عندى أن تقاعس البنك فى اتخاذ الضمانات الكافية والمناسبة للمحافظة على حقوقه وكذلك اهماله فى تشغيل واستثمار أمواله يعتبر خطأ لا نســتطيع أن نجرده منــه يؤخذ فى الاعتبــار عند تقدير التعويض على أســاس قاعدة ما لحق الدائن من خســارة أو فاته من كسب والمنصوص عليها فى المــادة (٢٢١) مدنى •

وهذه الاعتبارات السابق سردها بتعددها وتنوعها تجعلنا نقول ان الاعتماد على معيــار واحد منها قــد يقدح فيــه قادح مما سبق ذكره ومن ثم يجب فى نظرنا عنــد تقدير التعويض أن تبحث كل حالة بحسب الظروف الملابسة لها ويقدر التعويض على ضوئها حتى يأتى تقدير التعويض على أســاس صحيح وعادل ؛ ومن هنا تكون الأسس السابقة لتقــدير التعويض محل اعتبار فيه كل بحســبة منفردة أو مجتمعة •

(ب) المدين المعســـر :

أمــا المدين الذى يتــأخر فى الســداد بسبب ضــائقة ماليــة عارضــة أو عســر مــالى مؤقت لا يخــل بمــلاءته المــالية فيجب انظــاره الى ميســرة يحــدد العرف التجــارى مدتهــا لقوله تعالى : ﴿ **وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة** ﴾(البقرة : ٢٨٠)[١] •

وجمهور الفقهاء على عــدم مطالبــة المدين المعسر ولا يكلف أن نقصى بما فيــه عليه ضرر كمسكنه المحتاج اليه وما يحتاج الى التجارة به لنفقته ونفقة عياله •• هذا مذهب الامام أحمد رحمه الله [٢] •

---

(١) انظر : دليل الفتاوى الشرعية فى الأعمال المصرفية ص ١٢٧ — ادارة البحوث — مركز الاقتصاد الاسلامى — بالمصرف الاسلامى الدولى •

(٢) انظر : الاخ المرحوم أ.د حسن العنانى — لا ضرر ولا ضرار ص ٣٤

وحالة الاعسار التى يمر بها الشخص بمضايقة مالية تختلف عن

حالة الافلاس التى تستغرق فيها ديونه جميع أمواله فيعجز عن تأديتها ومن ثم فلا فائدة فى هذه الحالة من نظرة الميسرة بل قسمة أمواله بين غرمائه بحسبها وبحسبهم .

ونظرة المدين المعسر أصل من أصول المعاملات المالية فى الاسلام على حين أنها استثناء فى المعاملات التجارية فى التشريعات الوضعية يحوط القاضى فى القضاء بها قيود عديدة [1] ، بل ان من القوانين ما يمنع اعطاء مهلة لدفع الكمبيالة (مادة ١٥٦ من قانون التجارة المصرى) .

ثانيا — الضمانات فى حقوق الله :

ان صيانة حقوق الله وحفظها والمحافظة عليها راجع أو مآله الى انتظام حقوق العباد فى الجملة ، فالله جل وعلا لا تنفعه طاعة ولا تضره معصية ، وانما أضاف الله طائفة من الحقوق الى نفسه سبحانه وتعالى لأهميتها البالغة فى استقامة أمر الناس فى دينهم ودنياهم وأخراهم .

(أ) هيئة الفتوى والمتابعة الشرعية :

وفى نطاق العمل المصرفى اللاربوى أو العمل المصرفى الاسلامى القائم أساسا على رعاية حقوق الله وحقوق عباده ومن ثم الحرص الشديد على تطبيق أوامر الله وتجنب نواهيه أى تحريم حرامه واعمال حلاله ومن هنا كانت الأهمية القصوى لدور هيئات الفتوى والمتابعة الشرعية لأعمال المصارف الاسلامية ، فهذه الهيئات هى المستحدث الأهم فى تنظيم البنوك الاسلامية وما يجب أن يكون لها من وضع مؤثر ومتميز فى البناء التنظيمى للمصارف الاسلامية تلتحم من خلاله بالممارسات العملية اليومية فى المصارف اللاربوية وتتقدح من خلال ذلك عقول علماء الاسلام فى هذا الكم الهائل الزاحف من الأنظمة

---

(1) انظر المادتين ٥١٧ ، ٥١٨ من النظام التجارى السعودى المعروف بنظام المحكمة التجارية للمملكة العربية السعودية رقم ٣٢ لسنة ١٣٥٠ هـ .

والصيغ والأساليب المالية والاقتصادية والمصرفية وليس هذا فحسب بل واخراج أنماط اسلامية جديدة فى الممارسات العملية فى نطاق العمل المصرفى الاسلامى لمواجهة مستعصيات المسائل والمشاكل المعاصرة على المستويين الاقليمى المحلى والعالمى فعالمية الاسلام هو التحدى الصعب الذى لا مفر لعلماء الاسلام منه .

(ب) ضوابط وانماط عمل الهيئة الشرعية :

كل ذلك يفرض مجموعة من الضوابط والمعايير والأنماط فى هيئات الفتوى والمتابعة الشرعية فيما يتعلق بالنواحى الآتية[1] :

١ ــ موقع الهيئة فى الهيكل التنظيمى للبنك بما يحقق المقصود منها وأهدافها المرجوة .

٢ ــ اختصاصاتها .

٣ ــ شروط ومواصفات أعضائها .

٤ ــ تشكيلها وبخاصة الكيفية والعدد .

٥ ــ ضمانات فعالية الهيئة .

٦ ــ ضرورة وجود الهيئة فى كافة مراحل وجود البنك ونشاطاته .

فاذا تصورنا أن الهيكل التنظيمى للبنك الاسلامى دائرى الشكل وليس هرمى الشكل وهو ما تمليه طبيعة العمل المصرفى الاسلامى من مسئولية الجميع عن سلامة التطبيق الشرعى سواء فى ناحية الممارسة الفعلية للنشاط أو ناحية السلوك الشخصى فى التعامل وفى المظهر وفى الأداء للعمل المنوط بالشخص فضلا عن أن هذه الدائرة تعكس الاطار العام للبنك الاسلامى من تجسيد مبدأ الشورى فى التعامل والعمل والشورى لا تكتمل ثمارها ما لم تنفذ من المستويات العليا الى الدنيا والعكس وصولا للأصح والأصوب وكما يقول سيدنا عمر بن الخطاب رضى الله عنه : « الحكمة ضالة المؤمن أنى وجدها فهو أحق الناس بها ».

---

(١) انظر فى تفاصيل ذلك كتابنا : المدخل لفقه البنوك الاسلامية الكتاب السادس منه ص ١٤٣ وما بعدها .

اذا تصــورنا هذه الدائرة فان مركزها سيكون بالقطع هو الجمعية العامة للمساهمين والتى ينبثق منها كل من :

١ ــ مجلس ادارة البنــك ثم اداراته المختلفة .

٢ ــ هيئة الفتوى والمتابعة الشرعية .

وهذا الموقع التنظيمى للهيئة يعكس طريقــة عملها واختصاصــاتها ومسئوليتها وضماناتها وبما يجعل العلاقة بين ادارة البنــك والهيئة على قــدم وســاق بما يجعلنا لا نتحرج من القول بضرورة تواجــد هيئــة الفتوى فى مجلس الادارة ولا يوجد ثمة تعارض ــ من وجهة نظرنا ــ فى ذلك فالهيئة تستطيع أن تبدى الرأى سابقا وآنيا ولاحقا ــ عند متابعة التنفيذ ــ فى قرارات المجلس دون أن يحسب عليها اشتراكها فى اتخاذ القرار ، فلا بأس أن يخضع القرار مرة أخــرى للدراســة الشرعية من قبل الهيئــة بكامل أعضائها بل ان مشاركة الهيئة ممثلة فى رئيســها فى مجلس الادارة يوجــد تلاحما واندماجــا حقيقيا فى نشــوء معرفة شرعية مصرفية اقتصــادية حقيقية تخدم الواقع العملى وهو الهــدف المنشود المفقود حتى الآن .

ومن موقــع الهيئة فى الهيكل التنظيمى للبنك على النحو السابق تتمكن من متابعة التنفيذ فى الدائرة الأكبر والأشمل ، هى دائرة التطبيق العملى من خــلال العاملين وجمهور المتعاملين وهؤلاء وهؤلاء يعبرون عن الشــكل الحقيقى للعمــل المصرفى الاســلامى والانطبــاع العــام المــأخوذ عنــه .

وتحــديد موقع الهيئة فى الهيكل التنظيمى للبنــك يعكس أثره المباشر على كل ما ســوى ذلك من مسائل مثل اختصاصــات الهيئــة وكيفية ممارســاتها لهذه الاختصاصات ، فمن حيث الاختصاص يمتــد ليشتمل على المشــاركة الفعلية فى صنع القرار وفى ابداء الرأى الشرعى فيه وفى متابعة تنفيذه حتى تمام التنفيذ رضاء أو قضاء .

ومن حيث كيفية ممارسة الاختصاص المنوط بالهيئة فانها تتحدد فى طريقة التشكيل وفى العدد الأمثل لأعضاء الهيئة .

١ ـ طريقة التشكيل :

لا شك أن انبثاق الهيئة من الجمعية العمومية التى يجب أن تحكمها الجدية والموضوعية والشعور بالمسئولية وأن يحكمها عدد أشخاص المساهمين لا عدد الأسهم التى تحكم أصوات المساهمين وبخاصة فى تشكيل الهيئة الشرعية للبنك ـ على الأقل ـ من أهم الضمانات والفعاليات المطلوبة والمؤثرة والتصحيحية لأن مشاعر جماهير المساهمين بالاطمئنان والثقة فى أشخاص أو أعضاء هيئة الفتوى من أهم ما يجب أن تحرص عليه البنوك الاسلامية فى مسيرتها الاسلامية دفعا للتهم وقطعا للشك وما نقترحه ليس بالأمر السهل فى قبوله وتنفيذه ، اذ يحتاج الى درجة مقبولة من التجرد والحرص على المستقبل وكلاهما يحتاج الى نظر ثاقب وبعيد فى تأمين مسيرة العمل المصرفى الاسلامى . وكذلك تعديل النظم الأساسية للبنوك والمؤسسات المالية الاسلامية بما يحقق ذلك ويكفل تنفيذه .

٢ ـ عدد اعضاء الهيئة :

ان عدد أعضاء الهيئة تحكمه عدة اعتبارات منها :

(أ) موقع الهيئة فى الهيكل التنظيمى للبنك يفرض ألا يقل عدد أعضائها عن ثلاثة لايجاد نوع من التناسب بين عدد أعضائها وعدد أعضاء مجلس الادارة .

(ب) الاختصاصات والمهام المنوطة بالهيئة وبخاصة المسائل الشرعية وأغلب أحكامها ظنية وموضوعاتها ومسائلها اجتهادية[1] ، ومن

---

(١) واورد هنا حكاية عبد الوارث بن سعيد حين قدم مكة فوجد =

ثم فان تعــدد الآراء والاجتهادات ثم اعمال قواعــد الترجيح فيها يقتضى أيضا ألا يقل العدد عن ثلاثة بأية حــال اذا صــدقت النيــة وصــح العزم ، وهــذا فضــلا عن الضمانات الادارية والسلوكية التى يكفلها تشكيل الهيئة من ثلاثة على الأقــل وتنوع التخصصات بينهم اذا أخذنا فى الاعتبــار والاهتمام مســألة واقعية هى المناخ الذى تعمــل فيــه البنوك والمؤسسات المــالية الاسلامية والذى تحكمه القوانين والأنظمة الوضــعية .

(جـ) ضرورة تواجــد الهيئة فى مواقع العمل والمسئولية أمام الله والناس لتحقيق أمرين جوهريين هما :

يها ثلاثة من ائمة الفقه وهم ابو حنيفة وابن أبى ليلى وابن شبرمة . قال عبد الوارث بن سعيد : فسألت أبا حنيفة : ما تقول فى رجل باع بيعــا وشرط شرطا ؟ قال : البيع باطل والشرط باطل . فسألت ابن أبى ليلى فقال : البيــع جائز والشرط باطل . ثم ســألت ابن شبرمة فقــال : البيــع جــائز والشرط جــائز . فقلت : يــا ســبحان الله ثــلاثة من فقهــاء العراق اختلفوا على ، فأتيت أبــا حنيفــة فأخبرته ، فقــال : لا أدرى ما قالا ، حدثنى عمر بن شعيب عن ابيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع وشرط » البيع باطل والشرط باطل .

ثم اتيت ابن أبى ليلى فاخبرته فقال : لا ادرى ما قالا ، حدثنى هشام بن عروة عن ابيه عن عائشة : امرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اشترى بريرة واعتقها . البيع جائز والشرط باطل .

ثم اتيت ابن شبرمة فاخبرته فقال : لا ادرى مــا قالا ، حدثنى مسعر بن كدام عن محارب بن دثار عن أبى اليزيد عن جابر بن عبد الله الانصارى : بعت النبى صلى الله عليه وسلم ناقة وشرطت حملانا الى المدينة. البيع جائز والشرط جائز .

ــ رواها الطبرانى فى الأوسط وناقش الحكاية الامــام السرخسى المتوفى سنة ٤٣٨ هـ . وانتصر لرأى الامام ــ أبى حنيفة وما استدل بــه وصح عنه ورد على مخالفيه من الأئمة .

انظر : المبسوط جـ ١٣ ص ١١ ، ١٥ ، فتح القدير جـ ٥ ص ٢١٤

١ ــ الوقوف على حقيقة ما يجرى من معاملات وتصرفات ورؤيتها رأى العين ، فليس الرائى كمن سمع ، حتى يأتى الحكم مطابقا لمحله مبرئا للذمة فعلا ، فالأمر فى النهاية مرده الى الدين والشريعة .

٢ ــ الاطمئنان الى سلامة التطبيق والتنفيذ ومعالجة ما يجد من مشاكلهما منعا من مجاوزة الحكم أو اساءة تطبيقه .

* * *

وعلى نحو ما تقدم تبدأ محاولة جادة لايجاد رقابة شرعية فعالة ومن ثم ضمانة عملية لحدود الله ورسوله من خلال استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية وتقديم الحلول الشرعية للمشاكل والمسائل المثارة فى حياة الناس اليومية ، وتندفع البنوك والمؤسسات المالية الاسلامية فى مسيرتها الاقتصادية متجاوزة حدود الاقليمية أو المحلية الى العالمية كهدف وغاية حاكمة على مستقبلها وقدرتها على مغالبة ما يواجهها من تحديات عاتية منظورة وغير منظورة .

والله الهادى الى سواء السبيل .

* * *

المبحث الرابع

آفـاق جديدة للعمـل المصرفى الاسلامى

لا نعتقد أن فيما سـبق من صيغ وأدوات أعيدت الى الممارسـة المصرفية المعاصرة الكفاية أو القدرة اللازمة لمواجهة تطلعات العصر ومن هنـا لا بد من آفاق واستراتيجية جديدة للعمـل المصرفى الاسـلامى تقوم على ثلاث ركائز أساسـية انطلاقا من وقوف النظام الاقتصـادى العالمى على أبواب مرحلة جـديدة تذوب فيها التكتلات الاقتصـادية الكبرى نحو الواحدية للأفضـل والأمثل فى تحقيق المصلحة العالميـة العليا ومن هنا فاننا نتصور أن ركائز هذه الاستراتيجية المقترحة هى : التكامل ، والتعاون ، والانطلاق نحو العالمية •

ولا نعتقد أن شـيئا من ذلك سهل الحدوث بشكل وعلى نحو صحيح فى المستقبل القريب ، ولكننـا نرى أنه قـد يأتى زمان لا أراه بعيـدا يفرض هـذه الركائز كأمر واقع تحسـبا لمرحلة جـديدة فى الاقتصاد العالمى كله ، وهكذا يظل النظام المصرفى الاسـلامى فى دائرة التبعية ان لم يعيـد تقييم أدائه ويتمكن من استحداث أدوات جديدة تنطلق به نحو آفاق جديدة فى العمل المصرفى الاسلامى •

أولا : فى اطار تحديث أو تعديل نظام الاستثمارات فى نطاق العمل المصرفى الاسلامى نقترح ما يأتى :

١ ـ ادخال المرونة على صيغ عقود الاستثمار :

أعنى بذلك مسـألة « تحول العقد » باشتمال صيغته على صـيغة عقـد آخر لمواجهة مشكلة من مشـاكل الممارسـة والتطبيـق العملى المحتملة وأن تتضمن بنود العقد النص على ذلك •

فمثلا : (أ) كيف تتحول المضاربة الى شركة وجـوه وتشـتمل عليهـا •

(ب) كيف تتحول المرابحة الى مشاركة .
(جـ) كيف تندمج المضاربة والمرابحة في عقد واحد ، وهكذا .
(د) كيف تتحول الاجارة الى شركة .

٢ ـ الزكاة والتمليك :

تحويل أموال الزكاة الى مشروعات استثمارية لصالح مستحقيها يديرها البنك ورصد جانب لا بأس به منها لسداد ديون الغارمين واقالتهم من عثراتهم .

٣ ـ الضمانات والتوسع في نظام الكفالات الشخصية والعينية وكفالات الغرم والضرر على وجه الخصوص .

ثانيا : في اطار تجديد نظام الاستثمارات في نطاق العمل المصرفي الاسلامي وطرق آفاق جديدة نقترح ما يأتي :

١ ـ المشاركات ليست قسيم المضاربة والمرابحة .
٢ ـ تقسيم الاستثمار الى أنواع رئيسية منها :

(أ) الاستثمار النوعي .
(ب) الاستثمار التجاري المباشر أو المتاجرة .

٣ ـ صيغ جديدة للاستثمار :

(أ) شبه المضاربة .
(ب) الاجارة المضافة .
(جـ) صناديق الاستثمار المشتركة .

ثالثا ـ نماذج وصيغ مقترحة :

نضرب الأمثال لما تقدم من طرائق ثلاثة فنقول وبالله التوفيق :

النموذج الأول ـ في اطار تحديث أو تعديل نظام الاستثمارات وفيما يتعلق بادخال المرونة على عقود الاستثمار نقترح :

١ ــ المضاربة التى قد تشتمل على شركة وجوه :

ــ تعريف المضـــاربة :

المضـــــاربة نوع شركة فى الربح على أن رأس المـــال من طرف والســعى والعمل من الطرف الآخـــر على أن تكون حصـــة كل منهما جزءا شـــائعا معلوما من الربح متفق عليها ابتداء عند التعاقـــد لأنه هو المعقود عليـــه ٠

ــ الربح فى المضـــاربة :

والقـــاعدة أن كل شرط قطـــع الشركة فى الربح أو يوجب قطع الشركة فيـــه أو جهالة فيـــه يفســـد المضـــاربة لأنها جهالة فى المعقود عليـــه توجب فســـاد العقد[١] واذا لم يعين مقدار الربح جاز ذلك على أن يكون مناصـــفة لأنها شركة تقتضى المساواة ٠

ويظهر الربح بالقســـمة ، وشرط جواز القســـمة قبض رأس المال فلا تصح القسمة قبـــل قبض رأس المـــال ، وأصل هذا الشرط حديث الرسول صلى الله عليه وسلم : « مثل المؤمن مثل التاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم نه رأس ماله ، كذلك المؤمن لا تســـلم له نوافله حتى تسلم له عزائمه » ٠

والربح نماء المـــال وزيادة عليـــه ، والزيادة على الشىء لا تكون الا بعـــد ســـلامة الأصـــل فلو صححنا قســـمة الربح لثبت قســـمة الفرع قبل الأصل وهو لا يجوز ، وهذا الأصل من خصائص المضاربة الشرعية بحيث اذا حدث نقص أو تلف فى رأس مال المضاربة بعد تصرف العامل فيه ودورانه فى التجارة ولا يد فيـــه للمضـــارب أى بغير تعد أو تقصير منه يجبر من الربح ما أمكن ، بحيث لا يكون ربح الا بعد

---

(١) المنتقى شرح الموطأ جـ ٥ ص ١٦٨

كمال رأس المـال[1] ، أما ما يحدث باعتداء يستوجب الضمان كالغصب والسرقة أو أن يستهلكه العـامل نفسـه فلا يجبر بالربح بل هو على الضـامن .

● **أثر فسـاد المضاربة على الربح :**

يرجع فسـاد المضاربة الى أمرين جوهريين هما :

الأمـر الأول :

فساد المضـاربة الناجم عن تخلف أو اختـلال شرط من شروط صحتها وهى[2] :

١ — أن يكون رأس المـال من الأثمـان ويعنـون بها الدراهم والدنانير ، واختلفوا فى صحة المضاربة بالعروض[3] مثلية كانت أو قيمية فلم يجيزها الجمهور وأجازها بعض فقهاء الحنـابلة وبه قال طاووس والأوزاعى وحماد وقصر ابن أبى ليلى الجواز على المثلى من العروض[4].

٢ — أن يكون رأس المـال معلوم القـدر والجنس والصـفة معينا من قبل رب المـال تعيينا ينفى الجهالة عنه ، وان كان لا يشترط أن يكون معروزا ، ولم يجز جمهـور الفقهاء أن يكون دينـا فى ذمة العامل للتهمة فى أن يكون أخر الدين للزيادة فيـه ، أما ان كان دينـا

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ ٨ ص ٣١٠ ، ط . مصطفى الحلبى بمصر، شرح الزرقانى لمختصر خليل جـ ٦ ص ٢٢٥ ، ط . المطبعة البهية ١٣٠٧هـ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج جـ ٥ ص ٢٣٧ ، ط . مصطفى الحلبى١٣٥٧هـ المغنى لابن قدامه جـ ٥ ص ٤١ ، ط . سجل العرب ١٣٨٩ هـ .

(٢) ترجع الكثير من شروط المضاربة ان لم يكن جلهـا الى اجتهادات الفقهاء التى تمليها الظروف الناشئة ، والحوادث المستجدة ، والحاجات الملحـة ، والمصـالح الراجحة ومن هنـا كان اختلاف الفقهاء فيهـا كثيرا وكبيرا ولا مشاحة فى ذلك فيما لا نص فيه ولا اثر صحيح .

(٣) العروض هى ما عدا النقود من الأموال .

(٤) الانصاف للمرداوى جـ ٥ ص ٤١٠ — تحقيق محمد حامد الفقى — ط . السنة المحمدية ١٩٥٥ ، المغنى لابن قدامة جـ ٥ ص ١٢ — مرجع سابق ، المبسوط للسرخسى جـ ٢٢ ص ٣٤ ط ١ — السعادة بمصر .

فى ذمة ثالث أو شخص من الغير فأجاز الحنابلة والحنفية ومنع المـالكية والشـافعية[1] ٠

٣ ــ تسـليم رأس المـال الى المضارب وألا يشترط رب المـال بقاء يده عليـه ، وبهذا قال الحنفيـة والشـافعية والمـالكية والزيدية أما الامامية والحنـابلة فى قول آخر لهم بصحة المضاربة مع بقاء المـال تحت تصرف رب المـال يوفى ثمن ما يشتريه العامل من سـلعة لأن مورد العقد العمل[2] ٠ وشرط التسليم أخذ به كل من القانون المدنى الأردنى فى المادة (٣/٦٦٢) والقانون المدنى العراقى فى المادة (٦٦١/ب) ٠

٤ ــ يشترط فى رب المـال ما يشترط فى الموكل وتجوز المضاربة من المرأة عند جمهور الفقهاء واشترط المـالكية اذن زوجها ، ويجـوز أن يكون رب المـال غير مسـلم عنـد الحنفيـة والحنـابلة[3] وكره الشافعية تلك المشـاركة لعدم تحرز غير المسـلم عن المحرم ٠ كمـا كره المـالكية أن يذل المسلم نفسه لغير المسلم بأن يكون عاملا لرب مال غير مسـلم[4] ٠

٥ ــ يشترط فى المضـارب (العامل) ما يشترط فى الوكيـل ٠ وكره الفقهاء أن يكون العامل غير مسلم اذا استقل أو استبد بالتصرف

---

(١) انظر البـدائع جـ ٦ ص ٨٣ ، ط . الجمالية بمصر ــ أسنى المطالب شرح روضة الطالب ــ للأنصارى جـ ٣ ص ٣٨٢ ، ط . الميمنية بمصر ــ وتنص المـادة ٣/٦٢٢ من القانون المدنى الأردنى على أنه :

« يشترط لصحة المضـاربة أن يكون رأس المـال معلوما وصالحا للتعامل فيه » وفى هذا الخصص اكتفى القـانون المدنى العراقى فى المـادة ٦٦١/ب بالنص على « أن يكون رأس المـال معلوما ... » ٠

(٢) مطالب أولى النهى جـ ٣ ص ٤٢٤ ، ط . المكتب الاسـلامى بدمشق ، مفتاح الكرامة للامام على جـ ٧ ص ٤٤٧ مشار اليه د . ابراهيم فاضل الدبو ــ عقد المضاربة ص ٩٦

(٣) المبسوط جـ ٢٢ ص ١٢٦ ط ١ ــ السـعادة بمصر ــ المغنى لابن قدامة جـ ٥ ص ٣ ــ ط. سجل العرب ١٩٦٩

(٤) نهاية المحتاج جـ ٥ ص ٤ ط . مصطفى الحلبى ١٩٣٨ ، الشرح الصغير للدردير جـ ٢ ص ١٨٤ ط ٣ ــ بولاق بمصر ٠

لعدم التحرز عن المحرم ، أما اذا انتفى هـذا المحظور فلا بأس من عمل غير المسلم مضاربة في مال المسلم[1] .

٦ ـ ويجوز الاتفاق على تأقيت المضـاربة بمدة يقدرها الطرفان مناسبة لمقتضى العقـد[2] ، كمـا يجوز أن تتقيـد المضـاربة بالمكان أو نوع النشـاط التجارى أو التعامل مع شـخص معين[3] ، واذا لم يشترط فيها شيء من ذلك فهى مطلقة يعمل فيها المضارب بما جرت به عادة التجار فى أعمالهم وما اسـتقرت عليه الأعراف التجارية فيها ومن ثم يكون المضـارب مأذونا بالعمل والتصرف برأس المـال فى مقتضيات المضـاربة وما يتفرع عنها وفقا للعرف السـائد فى هـذا الشـأن[4] ، وذلك ما لم يشـترط رب المـال على المضـارب اذنا خاصـا فى بعض الأعمال كالهبة والاقراض والدخول تحت الدين لأكثر من رأس المال[5].

٧ ـ وعند الحنابلة[6] تصح المضاربة على أدوات وآلات ومعدات يمتلكها رب المـال ويعطيها للمضـارب على جزء معين من الربح الناتج وتصح عندهم أيضـا المضاربة على حرفة المضـارب لقاء حصـة معينـة

---

(١) المبسوط والمغنى ونهاية المحتاج ـ المراجع السابقة ـ المدونة جـ ٤ ص ٥٨ ط ١ ـ المطبعة الخيرية ـ روى الخلال باسناده عن عطاء قـال : « نهى رسول الله ﷺ عن مشاركة اليهودى والنصرانى الا أن يكون الشراء والبيع بيد المسلم » نيل الأوطار للشوكانى جـ ٥ ص ٢٨٢ ط ٣ ـ مصطفى الحلبى بمصر .

(٢) وتقييد هذا الشرط باتفاق الطرفين وما يقدرانه مناسبا لمقتضى عقد المضاربة على نحو ما ذهبنا اليه يخرجنا من خلاف الفقهاء حول شرط جواز تأقيت المضاربة ويحقق المصلحة من العقد للطرفين .

(٣) ونقصد بالشخص هنا الشخص الطبيعى او المعنوى على حد سواء وان لم يتطرق الفقهاء الى الأخير وان كنا نرى أن الشرط فى ظل التعـامل التجارى مع أشخاص معنوية يصبح ذى معنى أقوى وأفيد فى العصـر الحديث .

(٤) انظر : المـادة ٦٢٥ مدنى اردنى و مادة ٦٦٤ مدنى عراقى .

(٥) انظر : المـادة ١٤١٦ من مجلة الأحكام العدلية .

(٦) اعلام الموقعين جـ ١ ص ٣٨٤ وما بعدها ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٥٢٤ ، مطالب أولى النهى جـ ٣ ص ٥٤٢

مما ينتجه وذلك خلافا للجمهور ، ووجه الجواز أن المضاربة بقصد تنمية المـال وتحقيق ربح ، والمشاركة فى هـذا الربح بينهما على الاشاعة . ثم ان الحاجة داعية الى كل ذلك فلا بأس منـه فضلا عن أن مقصـود الطرفين اتجه اليه وتحقق مقصودهما فيه .

٨ ــ لما كانت المضـاربة عقد شركة فى الربح أو عقدا على الشركة فى الربح فيلزم أن يكون الربح معلوما للمتعاقدين أثناء التعاقـد بالنص عليه فى العقد حصة شائعة من الربح ، ومتى جعل نصيب أحد المتعاقدين وشرط له مبلغ معين معلوم أو جعـل مع نصيبه مبلغ آخر اضـافة الى الجزء الذى يسـتحقه من الربح كأن يشـترط لنفسه النصف واضـافة عشرة أخرى ، كانت المضاربة فاسدة باتفاق جمهور الفقهاء[1] ، وآية ذلك أن كل شرط يقطع الشركة فى الربح ويخل بالمشاركة فيـه يفسد المضاربة لأن ذلك هو مقتضى عقـد المضـاربة وجوهره المتفق عليه ، الا أنه مع توفر هذا الركن فى عقد المضاربة : هل يجوز لأحد المتعاقدين أن يشترط لنفسه مبلغا معينا مما يحصـل من الربح اذا زاد الربح عليـه والزيادة مشتركة بينهما على ما شرطاه ؟

ومثل هـذا الشرط لا يجيزه جمهور الفقهاء لاسـتقرارهم على أن اشتراط جزء معين من الربح لأحد المتعاقدين ينافى مقتضى عقد المضاربة ومن ثم يفسـدها ويخرجها عن المضاربة .

وهناك رأى[2] بجواز مثل هـذا الشرط لأنه مع وجـود هـذا الشرط يتحقق أيضـا الاشتراك فى الربح وأن هـذا الشرط لا يستغرق الربح كله فلا مانع منه ، وكما يجوز لأحد المتعاقدين أن يشترط لنفسه نصيبا أكبر من صاحبه فلهذا جاز هـذا الشرط أيضا .

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ ٨ ص ٢٨٣ ، المهذب جـ ١ ص ٣٨٤ . الانصاف للمرداوى جـ ٥ ص ٤١٣ ، وحكى ابن المنذر الاجماع على ذلك . انظر المغنى لابن قدامة جـ ٥ ص ٢٧

(٢) الشركات فى الفقه الاسـلامى ــ المرحوم الشـيخ على الخفيف ص ٨٥ وهو أحد رأيين للزيدية ــ عقد المضاربة ، د. ابراهيم فاضل الدبو ص ١٣٨ ــ مطبعة الارشاد ــ بغداد ١٣٩٣ هـ (١٩٧٣ م) .

ومدار الجواز والصحة فى هـذا الشرط عنـدنا هو انتفاء انقطاع الشركة فى الربح العائد ، وأيضا انتفاء الغبن والاستغلال الذى يخل بأصل المشاركة وهو التعادل والتوازن بين مصالح الطرفين ، ولهذا نرى أنه اذا تحقق مع هـذا الشرط اخلال بالتوازن المنشـود فى العلاقة العقدية بأن ترتب عليه غبن أو اسـتغلال كان للقاضى أن يعيـد التوازن المفقود الى حالته الطبيعية فى ضـوء ما يثبت لديه من أدلة وقرائن وطبيعة المعاملة ومن ثم يقتصر الفسـاد فى هذا الشرط عليه فقط دون عقد المضـاربة لصحته بتوافر أصل المشاركة فى الربح •

وفى صدد شرط الربح تنص المـادة (٦٢٧) مدنى أردنى على أنه :

١ ــ يجب أن يشترك كل من المضارب ورب المـال فى الربح وذلك بالنسـبة المتفق عليها فى العقـد فان لم يتفقـا تعين قسـم الربح بينهما مناصـفة •

٢ ــ واذا جاز للمضـارب خلط ماله مع رأس مال المضـاربة قسم الربح بنسـبة رأسى المـال فيأخـذ المضـارب ربح رأس ماله ويوزع ربح مال المضاربة بين المتعاقدين على الوجه المبين فى الفقرة الأولى •

وتنص المـادة (٦٢٨) من نفس القانون على أنه :

« ١ ــ يتحمل رب المـال الخسارة وحـده ولا يعتبر أى شرط مخالف •

٢ ــ واذا تلف شىء من مال المضـاربة حسب من الربح فان جاوزه حسب الباقى من رأس المـال ولا يضمنه المضارب » •

وتنص المـادة (٦٦١/ح) من القانون المدنى العراقى على :

« أن تكون حصة كل من المتعاقدين فى الربح جزءا شائعا » •

وتنص المـادة (٦٦٧) من القانون الأخير على أنه :

« يستحق المضارب ربحا فى مقابل عمله ورب المـال ربحا فى مقابل ماله وذلك بالقدر المشروط فى العقد فاذا لم يعين العقد حصـة كل منهما قسم الربح مناصفة بينهما » •

وتنص المـادة (١٤١١) من مجلة الأحكام العدلية على أنه :

« يشترط فى المضـاربة كشركة العقـد كون رأس المـال معلوما وتعيين حصة العاقدين من الربح جزءا شـائعا كالنصف والثلث لكن اذا عبر بالشركة على الاطلاق كقوله : «والربح مشترك بيننا» فيكون مصروفا الى المسـاواة ويقسم الربح مناصـفة بين رب المـال والمضارب » .

وتنص المـادة (١٤١٢) من المجلة على أنه :

« اذا فقد شرط من هذه الشروط المذكورة مثلا اذا لم تكن حصـة العاقدين من الربح جزءا شـائعا بل تعين لأحدهما من الربح كذا قرشـا فتفسـد المضـاربة » .

ويبين من جماع هذه النصوص القانونية أنها أخذت برأى الجمهور فى اشتراط أن يكون الربح جزءا شائعا معلوما ، ومن ثم فان تعين لأحدهما مبلغا من الربح فسـدت المضاربة ؛ وعلى هذا النحو فان هذه النصوص لم تعالج حالة الجمع بين الشرطين بدون تعارض أو مع انتفاء التعارض كأن يكون الربح بين الطرفين جزءا شـائعا معلوما مـع اشـتراط أن يكون لأحدهما مبلغا معينـا اذا زاد الربح عليـه وهو ما صرحنا فيـه بالجواز لانتفاء التعارض وخروجا من الخلاف وهو الأولى للحاجة الداعية الى ذلك وبالضوابط التى أوردناها فيما تقدم .

● أثر فسـاد المضاربة فى هذه الحـالة :

جمهور الفقهاء[1] على أنه اذا فسدت المضاربة لتخلف أو اختلال شرط من شروط صحتها فان الربح فى هـذه الحالة يكون جميعه لرب المـال لأنه نماء ماله والمضـارب هنـا أمين ووكيل فلا يضمن المـال الذى بيده فيما يتلف ، وخالف أبو يوسف ومحمد رحمهما الله[2] فالعامل يضمن عندهما فى هـذه الحالة ولو لم يتعمد افساد المضاربة ، ويذهب الجمهور أيضا الى أن المضـارب فى هذه الحالة يستحق أجر المثـل اذ يصبح أجيرا بعد أن كان شريكا فى الربح سـواء حصـل ربح فى

---

(١) انظر المغنى لابن قدامة جـ ٥ ص ٥١ ، البدائع للكاسانى جـ ٦ ص ١٠٩ ، نهاية المحتاج جـ ٥ ص ٢٣٠

(٢) حاشية ابن عابدين جـ ٨ ص ٣١٠

المضاربة أو لم يحصل وفى هذا الخصوص تفصيل لأقوال بعض الفقهاء فمنهم[1] من ربط استحقاق المضـــارب لأجرة المثـــل بوجود ربح فى المـــال وإلا فلا ، ومنهم[2] من شرط ألا تزيد أجرة المثل على ما سمى له من الربح ولا يستحق أجره عنـــد عدم حصول ربح فى المـــال .

ومن الواضح أن مدار الآراء الفقهية فى المســـألة هو اقتداح النظر الفقهى فى اطار تحقيق التوازن بين مصـــالح أطراف العقـــد وعدم أكل المـــال بينهم بالباطل ، ومن هنا لا يصح فى نظرنا أن تكون حال المضارب فى حالة فساد المضـــاربة بأحسن منها فى حال صحتها ، ففى حال صحة المضـــاربة وعدم تحقق ربح فليس للمضـــارب شىء ومن ثم فليس من المعقول أن يعامل المضـــارب معـــاملة أفضـــل بأن يعطى أجر المثل فى حالة فســـاد المضـــاربة حتى ولو لم يحصـــل ربح وهو ما ذهب اليـــه الجمهور على نحو ما سبق ، وليس من المعقول كذلك أن يعطى أجر المثل حتى ولو قيد بعدم الزيادة على ما ســـمى له من الربح وذلك حتى لا يتقاعس أرباب الأموال عن المضـــاربة بأموالهم ولا يركن المضـــارب الى حـــد أدنى مضمون من المـــال وهو أجر المثل عند فساد المضاربة .

ولم يعالج هذه الحالة القانون المـــدنى الأردنى أما التقنين المدنى العراقى فقد نص فى المـــادة (٦٦٧) مدنى على أنه :

« وفى المضـــاربة الباطلة يكون لرب المـــال كل الربح وللمضارب أجر المثل بحيث لا يزيد على القدر المشروط أو نصف الربح أما اذا لم يكن هناك ربح فلا يستحق المضارب شيئا »[3] .

الأمر الثـــانى :

فســـاد المضاربة الناجم عن تعمد المضارب ومخالفته لمـــا نهاه عنه رب المـــال وهى ما اصطلح على تسميته بـــ « المضاربة المقيدة » التى تتقيد

---

(١) وهو راى أبو يوسف اورده ابن عابدين فى حاشيته جـ ٨ ص ٢٨٠
(٢) الانصاف للمرداوى جـ ٢ ص ٤٣٠
(٣) يقارب هـــذا النص المـــادة ١٤٢٦ من مجلة الأحكام العـــدلية مع خلو نص المجلة من قيد « أو نصف الربح » .

ببعض الشروط التى تقيد حرية المضارب كأن يكون قد نهاه عن السفر بمال المضاربة أو البيع نسيئة ...

واختلف نظر الفقهاء واجتهادهم فيما يترتب على حالة الفساد هذه من آثار وبخاصة مسألة الربح فى المضاربة ، فمن الفقهاء[1] من قصر أثر مخالفة المضارب للشرط المضروب عليه على جزاء من جنس المخالفة — وهو الأعدل فى نظرنا — ومن ثم حمل المضارب الخسارة التى تحصل بسبب تلك المخالفة ويبقى شرط الربح على ما شرطاه سابقا أى على حكمه السابق .

ويرى البعض[2] أن المضارب فى هذه الحالة بمنزلة الغاصب ومن ثم يكون المال مضمونا عليه وكذا يكون الربح له لأن الربح بالضمان .

وذهب رأى[3] الى أن المضارب فى هذه الحالة يستحق الأجر وان خالف وتعدى ، وفى مقدار الأجر وجهان :

أحدهما : أجر المثل ما لم يستغرق الأجر الربح كله .

الثانى : الأقل من المسمى أو أجر المثل .

وقد نصت المادة (٦٢٥/٢) من القانون المدنى الأردنى على أنه :

« اذا قيد رب المال المضاربة بشرط مقيد وجب على المضارب مراعاته فاذا تجاوز فى تصرفه الحدود المأذون بها فله الربح وعليه الخسارة وما أصاب رأس المال من تلف مع ضمان الضرر الذى ينجم عن مثل هذا التصرف » .

---

(١) انظر شرح الزرقانى على مختصر خليل مع حاشية البنانى جـ ٦ ص ٢٢٢ — المطبعة البهية بمصر ١٣٠٧ هـ ، نهاية المحتاج للرملى جـ ٥ ص ٢٣٣ ، الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير للصباغى جـ ٣ ص ٦٤٥ ، مكتبة المؤيد بالمملكة السعودية ط ٢ — ١٣٨٨ هـ (١٩٦٨ م) .

(٢) انظر بدائع الصنائع للكاسانى جـ ٦ ص ٨٦ ، روضة القضاة وطريق النجاة لأبى القاسم على السمنانى بتحقيق د . صلاح الدين الناهى جـ ٢ ص ٥٩٢ طبعة أسعد — بغداد — ١٩٧٠ .

(٣) المغنى لابن قدامة جـ ٥ ص ٤١ ، شرح الزرقانى جـ ٦ ص ٢٢٢

وتنص المـادة (٦٦٦) مدنى عراقى على أنه :
« فى المضاربة المقيدة يلتزم المضـارب برعاية الشروط التى أذن بها رب المـال فان خالفها كان غاصبا وضـمن مال المضـاربة ان تلف وعاد اليه وحده الربح والخسارة ووجب عليه التعويض » •

والمـادة (١٤٢١) من مجلة الأحكام العدلية كانت تنص على أنه :
« اذا خرج المضـارب عن مأذونيته وخالف الشرط فيكون غاصبا وفى هـذه الحالة يعود الربح والخسـائر فى أخذه واعطائه عليـه واذا تلف مال المضاربة فيكون ضامنا » •

ولا شك عندنا فى عـدم تأييد المسـلك القانونى فى المسـألة فيما يتعلق برجوع الربح للمضارب المخالف تعديا ، اذ يكسبه التعدى والمخالفة ميزة ما كان يحصل عليها لو التزم شروط العقد مما قـد يجعله يحرص على المخالفة فتفسد المعاملة ونفتح للهوى فيها بابا تنهار فيـه أو بسببه ويقلع أرباب الأموال عن تشغيلها مضاربة ، وبذلك تتحول المعاملة الى غير مقصودها الأصلى أو الأساسى وهو أنها « شركة فى الربح » وبقدر ما يرزق الله به •

● **شركة الوجوه والمضاربة :**

ـ **شركة الوجوه :**
شركة الوجوه أحد أنواع ثلاثة رئيسـية للشركات العقدية فى الفقه الاسلامى وهى :
١ ــ شركات الأموال • ٢ ــ شركات الأعمال •
٣ ــ شركات الوجـوه •
وقد تأخذ شركة الوجوه وغيرها من الأقسـام الرئيسـية الثـلاثة السـابقة نمط شركة المفاوضة أو نمط شركة العنان •

ـ **انماط الشركات العقدية فى الفقه الاسلامى :**

والمفاوضـة والعنان نمطان رئيسيان للشركات العقـدية فى الفقه الاقتصادى الاسلامى ومن مصطلحاته الخاصة به :

(أ) نمط المفاوضـــة :

فالمفاوضة نمط من أنماط الفقه الاقتصادى الاسلامى فى الشركات العقدية أى التى مدارها على التعاقـد بين الشركاء وحسبما يتراءى لهم فى تحقيق مصلحتهم وفق هـذا النمط أو الأسلوب فى الشركات والذى نراه يرتبط أســاسا بالادارة أو يهدف أساســا الى طريقة أو أســلوب الادارة فى شركات المفاوضة العقدية .

ونمط هـذا النوع من الشركات وأسلوبها أنه قائم على المساواة التامة بين الشركاء فى كل شىء وبصفة خاصـــة فى :

١ — رأس المـال . ٢ — وفى الربح .

٣ — وفى الادارة .

ومن ثم يكون كل شريك مفوضـا عـن الآخـر بالعمـل برأيه مطلقـا دون الرجوع اليـه ، ومن هنـا كان طبيعيـا أن يكون كل منهما كفيل الآخر ، ولهذا كان من المتعين النص فى العقد على «المفاوضة» أو تعداد جميع شرائطها ، ونعتقـد أن هـذا شرط شـكلى لابد من توافره ، والا أصبحت الشركة أو كانت «عنانا» أى تأخذ بنمط أو أسلوب العنـان .

كما نعتقد أن نمط المفاوضة قد ترجع صلاحيته لاعتبارات خاصة بالشركاء أو خاصـة بطبيعة النشـاط الذى تقوم به الشركة وهى أمور تخضع جميعها لتقدير الشركاء ومصلحتهم فى اتباع هذا النمط والأخـذ بهذا الأسلوب فى تكوين الشركة وادارتها .

(ب) نمط العنـان :

ابتداء اذا تخلف شرط من شروط نمط المفاوضـة كان طبيعيا أن تصبح الشركة أو تدخـل فى نمط العنـان وتأخـذ بأسـلوب العنـان القـائم على :

١ — عدم التساوى بين الشركاء فى رأس المـال كما أنه لا يكون كل واحد منهما مجبورا على ادخال جميع نقوده فى رأس المـال .

٢ — الربح بين الشركاء يكون على ما شرطاه .

٣ ـ يشترط حصـول كل شريك على اذن صـاحبه فى التصرف وبعبارة أخرى يشترط كل من الشريكين على صاحبه ألا يتصرف الا باذنه أو اجازته والا كان ضامنا لتصرفه .

وهـذا النمط فى الشركات العقدية تحكمه أيضـا الاعتبـارات الخاصة بالشركاء أو طبيعة النشـاط الذى تباشره الشركة ، وان كان هو الأنسب لصـور عديدة من الشركات العقدية فى المعاملات العصرية .

وعلى هـذا النحو السابق من أنماط الشركات فى الفقه الاسلامى والتى يتميز أو يتفرد بها نستطيع القول :

ان شركات التضـامن وشركات التوصـية البسـيطة والتوصية بالأسهم وشركات المحاصة تأخذ بكثير من نمط المفاوضة وأحكامها .

● **اشتمال المضاربة على شركة وجوه :**

بعد العرض السـابق للمضـاربة وأحكامها الأسـاسية والدقيقة وما يتصل بها من مشكلات تطبيقية بالدرجة الأولى وكذا شركة الوجوه والنمط الذى تتخذه لنفسـها بحسب ظروف الشركاء وطبيعة النشـاط الذى تقوم به وهو مـا يسمى بغرض الشركة ، فان العـلاقة بينهمـا أو اشـتمال المضـاربة على شركة وجوه فى حالة ما اذا أخـذ المضارب مالا بالنسـيئة زيادة على رأس مال المضـاربة باذن رب المـال فان هذا المـال الجديد يكون مشتركا بينهما شركة وجوه[1] .

وهناك مرونة تضفيها شركة الوجوه على المضاربة من ناحيتين هما :

١ ـ الربـح :

فاستحقاق الربح فى الوجـوه انما هو بالضمان أى ضـمان ثمن المـال (السلع) المشـترى وهذا الضمان الأخير انما يكون بالنظر الى حصـة الشريكين فيـه ومقدار نصيب كل منهما من المـال المشترى .

---

(١) انظر مجلة الأحكام العدلية مواد ١٤١٨ ، ١٣٩٩ ، ١٤٠٣

واذا كان اقتسام الربح فى المضاربة مداره اتفاق الطرفين المجرد أو البحت فانه فى الوجوه مربوط بمقدار حصة كل منهما فى المال المشترى الذى يتم بيعه وما قد يسفر عنه ذلك من فائدة أو مصلحة الطرفين أو أحدهما .

٢ ـ الضمان :

من المعلوم والمسلم به فى المضاربة أنه لا ضمان على المضارب الا اذا تعمد أو قصر على نحو ما سلف ، فانه فى الوجوه التى ارتبطت بالمضاربة يكون الضمان بمقدار حصة كل من الشريكين فى ثمن المال (أو السلع والبضائع ونحو ذلك) الذى تم شراؤه سواء باشر الطرفان معا عقد الشراء أو باشره أحدهما لأجل الشركة .

وهذا البعد فى الضمان يضفى على المضاربة مرونة وفعالية أكثر نحو ارتباطها بشركة وجوه اذ يتحقق فيها ضمان الطرفين للمال محل الشركة وهو ما قد يقدح فى صيغة المضاربة الى حد ما فى هذا الخصوص فقد يتعسر على رب المال اثبات تقصير أو اهمال المضارب وسوء تصرفاته الضارة وان كان الملاحظ فى عقود المضاربات المعاصرة تكبيل المضارب بالضمانات وتحميله تبعة كافة الأضرار التى قد تلحق برب المال مما يخرج المضاربة عن طبيعتها ويحد من انطلاق المضارب فى العمل فى مال المضاربة ومن هنا فان اشتمال المضاربة على شركة الوجوه يخفف الى حد كبير من غلواء شروط رب المال الخاصة بضمان المضارب ومن ناحية أخرى فان شركة وجوه المضاربة تعالج كثيرا من سوء تصرفات وسلوكيات المضارب اذا علم أنه يتحمل نصيبه فى المسئولية والضمان .

وعلى النحو السابق فلا يعدو الأمر أن ينص فى عقد المضاربة على حالة ما اذا أخذ المضارب بالنسيئة مالا من رب المال بالزيادة عليه وباذنه فانه يكون مشتركا بينهما شركة وجوه على التفصيل السابق سرده .

٢ — المرابحة والمشاركة :

شركة المرابحة قد تتخذ شكلين من أشكال المشاركة أساسهما واحد وهو المرابحة كمحدد لأسلوب النشاط والتعامل وذلك على النحو التالي :

● **الشكل الأول :**

أن تكون السلعة المبيعة في المرابحة ابتداء مملوكة على الشركة بين شخصين أو أكثر ، أي أن يقوم اثنان أو أكثر بالبيع والشراء فيما يملكانه بأسلوب المرابحة ، وهذه صورة بسيطة لشركة المرابحة ، ومقدار حصة الشركاء في هذه الشركة مرتبط بمقدار ما يدفعه كل شريك في رأس مال السلعة ، وكذلك الربح يقسم بين الشركاء بحسب نصيبه في رأس مال السلعة أو بحسب ما يتم الاتفاق عليه بينهم ، أما الخسارة فهي بحسب رأس المال في جميع الأحوال .

والمميز لشركة المرابحة أنها تتخذ من أسلوب المرابحة أساسا لنشاطها بما يتخصص به من خصائص أهمها :

(أ) رأس مال السلعة أو ما قامت به وما يدخل فيه ويحسب له ربح أو لا يحسب له ربح أو لا يجب اضافته الى رأس مال السلعة .

وفي مسألة ما يحسب في أصل ثمن السلعة ، وما لا يحسب . وما يضرب له ربح ، من عدمه ، وما يجب على البائع تبيينه وتفصيله ، اختلف الفقهاء فيه ، ونوجزه فيما يلي :

١ — يذهب الأحناف الى أن العادة والعرف التجاري في هذا الشأن محكمان ، وكل ما يزيد في السلعة أو في قيمتها ، يلحق بالثمن ، ويدخل في رأس المال ، ومن ثم يضرب له ربح .

٢ — اعتمد المالكية على التفريق بين ما لزم السلعة ولأثره عين قائمة ومشاهدة وما ليس كذلك ، فالأول يحسب في أصل الثمن ،

ويضرب له ربح ، والثانى يحسب فى الثمن فقط ، ولا يضرب له ربح ، أما ما كان من عمل البائع نفسه ، أو ما كان من شأنه أن يتولاه بنفسه ، على جرى العادة فلا ، أما اذا أجر عليه غيره ، حسب الأجرة وربحها ، وهو مذهب الشافعية والحنابلة أيضا ، مع الاخبار بالحال على وجهه حتى لا يغرر بالمشترى •

أما تفصيل البائع ابتداء ، أو بعد اجمال ، واشتراطه ضرب الربح على الكل ، أو على البعض ، فحسبما يجرى به العرف •

٣ ــ والشافعية يفرقون بين حالة لزوم العقد ، وبين العقد فى مدة الخيار ، ففى الحالة الأولى : لا يخبر الا بالثمن الذى لزم به البيع ، لأن الحط والزيادة بعد أن استقر البيع بالثمن الأول من قبيل التبرع الذى لا يقابله عوض ، وفى الحالة الثانية يلحق الحط والزيادة بالثمن ، وعلى ذلك يكون من المنطقى ــ فى نظرنا ــ أن يحط أرش العيب فى السلعة من الثمن ، اذ العيب قبل لزوم البيع ، أما أرش الجناية تقع على السلعة ــ اذ يعتبر العبد مالا فقاسه البعض على أرش الجناية تقع من العبد ومن ثم لا يحط من الثمن لأنه فداء لاستيفاء الملك ، أما أرش الجناية تقع على العبد فنرجح الرأى القائل بأن أرش الجناية على العبد ، يحط من الثمن ، لأنه عوض عن جزء تناوله البيع قبل اللزوم ، ومن ثم يحط من الثمن ، ولا يضرب له ربح •

وحط أرش العيب والجناية على السلعة من الثمن مذهب الحنابلة أيضا •

وعلى هذا النحو تفهم مسألة نماء العين المبيعة أيضا ، أى ما اذا كان النماء بعد لزوم البيع ، أو قبل لزومه •

٤ ــ والحنابلة يضيفون تفصيلا آخر الى المسألة ، يتمثل فى التفريق بين حالة تغير سعر السلعة ، وحالة تغير السلعة نفسها •

ففى الحالة الأولى ينظر :

(أ) ما اذا كان التغيير بفعل البائع الأول : فاذا كان الحط أو الزيادة فى الثمن ، فى مدة الخيار ، أو بعد لزوم العقد ، فاذا كان

فى مدة الخيـار ، لحق بالعقـد ، وأخبر به فى الثمن ، واذا كان بعـد لزوم العقـد ، لم يلحق بالعقـد ، ولا يخبر به . وهو ما يوافـق رأى الشـافعية خلافا لأبى حنيفة اذ يرى الحاق الزيادة والحط بالعقـد ، ويخبر به لأنه بسبب العقـد .

(ب) أما اذا كان التغير فى سـعر السلعة بسبب عوامل السوق ، غلاء أو رخصـا ، لزم البائع مرابحة الاخبار بالحـال ، وكتمانه تغرير وكذب .

أما فى حاله تغير السـلعة نفسها : سـواء بالزيادة أو بالنقصان ، فعلى البائع أن يخبر بالثمن الأول ، مع بيان الحال على وجهه ، واخبار المشترى به ، حتى لا يغرر به .

وبخصوص النماء المنفصل : يقول أصـحاب الرأى فى المذهب ، لا بأس أن يبيع مرابحة ويأخـذ النماء المنفصل ، ولا يحط من الثمن ، لأنه لا ينقص به المبيع ، ولكنه لا يبيع مرابحة ذلك النماء المنفصل حتى يبين للمشترى ، لأن ذلك موجب عقـد المرابحـة .

وبعد هـذا التقريب لآراء الفقهـاء نرى أن فى مذهب الأحنـاف توسـعة على الناس فى معاملاتهم ، ورفعا للحرج والمشقة على الجملة . أما التفصيلات الأخرى التى وردت فى بقية المذاهب فقد تدعـو الحاجة اليها ، ولا شـك أنها عندئذ تكون نصـا واضـحا للحكم فيما يغم أو يستشكل من حالات .

كما أننا ننبه الى أن اهتمام الفقهاء ببيان عناصر الثمن أو رأس مال المبيع على النحو السـابق من باب سـد الذرائع ومنـع التحايل على القرض بفائدة ، وقاعدة « كل قرض جر نفعا فهو ربا » ، فضـلا عن حسم النزاع بين الطرفين ومنع حصوله .

(ب) معلومية الربح والاتفاق عليـه فى عقـد المرابحـة خـلافا للمساومة والتولية والوضيعة من أنواع البيوع فى الفقه الاسلامى .

● **الشـــكل الثـانى :**

وهذا الشكل من أشكال المشـاركة فى المرابحة **يؤخـذ بحـذر لاحتمال الشبهة فيه فمداره تعدد العقود من ناحية ، ومن ناحية أخرى** قد يصبح البائع الأول مرابحـة هو الشريك فى المرابحـة . والصـورة الدقيقة لهذا الشكل تتمثل فى أن المشترى مرابحة قـد يعيد بيع السلعة لبائعها مرابحة اذا رغب فى ذلك وكانت السـلعة رائجة لديه أو قامت به حاجة اليها ، والبيع فى هـذه الحالة قـد يكون بأقل أو أكثر من الثمن الذى تم به البيع الأول وذلك حسـبما تمليه ظروف السـلعة وظروف السوق وقت البيع الثانى بشرط انتفاء التواطؤ وشبه الربا وبخاصة فى حالة ما اذا كان المشترى الثانى (البائع الأول) دائنا للبـائع الثانى اذ يخشى من العينة فى هـذه الحالة فى نظرنا ، وعلى هـذا النحو وبهذا التقييد يجوز هذا البيع عند الصاحبين[1] لأن العقد الثانى عقد متجدد منقطع الأحكام عن الأول فيجوز بناء المرابحة عليه ، كما يجوز هـذا البيع عند الامام مالك ولا ينظر الى البيع الأول لأن هذا ملك حادث[2] وهو جائز عند الامام أحمـد[3] على الاستحباب بشرط الاخبار بالحال على وجهه وأن يجرى البيع على الثمن الأخير للسـلعة[4] . بعد طرح الربح من الثمن الثانى وعـدم ضم أو اضـافة ما خسر فيه الى الثمن الثـانى .

وقد تأخذ المشاركة فى هذا الشكل احدى صورتين هما :

(أ) يقوم المتعامل مع البنـك على أساس معرفته بنوع البضاعة أو السـلعة وكيفية تسويقها بتحديد مواصـفاتها ثم طلب شرائها من البنك الذى تبقى يده على البضـاعة أو اجراء التسـليم للشريك على

---

(١) انظر الهداية جـ ٣ ص ٥٧ ط . مصطفى الحلبى مشار اليـه فى د. محمد الشحات الجندى ــ عقد المرابحة ص ١٤٦ وما بعدها .

(٢) المدونة الكبرى جـ ٤ ص ٢٣٥ ط . مطبعة السعادة ١٣٢٣ هـ .

(٣) انظر المغنى جـ ٤ ص ٢٠٥ وما بعدها بتحقيق محمد سـالم محيسن وشعبان محمد اسماعيل ، مكتبة الكليات الأزهرية .

(٤) المرجع السـابق .

اعتبار أن يده على البضـاعة يد أمانة لا يد ملك ، ويتم البيـع مرابحة بمعرفة العميـل وموافقة البنك على أن يقتسـما الربح حسب النسب المتفق عليها بينهما .

وهذه الصورة تأخذ من المرابحة بعض سـماتها وتقـوم فى نفس الوقت على الشراكة بين الطرفين فيما يتم الاتفـاق عليه بين الطرفين من عمل والربح بينهما على ما اتفقا[1] .

(ب) أما الصـورة الأخرى فعكس السابقة بمعنى أن المتعامل مع البنك يكون هو صـاحب السـلعة ومالكها ثم يدخل البنك معه كشريك بالجهد والعمل والخبرة فى تسويقها وتصريفها بما قـد يكون لديه من امكانات ادارية وفنية واسعة فى هـذا الخصوص ، على أنه فى حـالة ما اذا كان البنك هو البائع الأول للسـلعة أو البضاعة مرابحة وأنه لم يقبض الثمن حالا أى تم البيع نسـيئة وكان لذلك أثر فى الثمن فيحظر على البنـك فى هذه الحالة أن يعود الى اعادة تقييم ثمن السـلعة ثانيا بسبب تأخر المشـترى فى السـداد فى المواعيـد المحددة لتهمة أن تأخير سـداد دين الثمن كان فى مقابل فائدة وحتى لا يقع هـذا المحظور .

٣ ــ اندماج المضاربة والمرابحة فى عقد واحد :

هذا النموذج من عقود الاستثمار فى المصارف الاسلامية يشـتمل على صورتين هما :

(أ) أن يشترط رب المـال على المضـارب الشراء والبيع بأسلوب المرابحة بشرائطها الشرعية وهنـا تكون المضـاربة مقيدة بهذا الأسلوب التجارى فى البيع والشراء . ليس للمضارب مخالفته والا تحمل المضارب تبعة المخالفة .

ومن مزايا هذا الأسلوب تحديد عناصر الثمن أو ما قامت به السلعة ومعلومية الربح مما يبعث الاطمئنان فى نفس رب المـال .

---

(١) انظر الفتاوى الشرعية للبنك الاسلامى الأردنى ص ٣١ طبعة ١٩٨٤ ، حيث انفرد بالتعرض لمثل هذه الصورة من شركة المرابحة .

وفى اطار هذا القيد اذا اشترى المضـارب سلعة للمضاربة من رب المـال فقد اشـترط الأحنـاف[1] فى هـذه الحـالة ضرورة أن يبين للمشترى الأجنبى حقيقة الشراء ومن أين اشـتراه مع اضافة ربحه وذلك لاتاحة فرصـة الخيـار للمشترى ان شـاء اشـترى وان شـاء ترك خشية تواطؤ المضارب مع رب المـال على اعطاء الأخير ربحا زائدا على ربح « المضاربة مرابحة » .

على أنه اذا لم يبين المضـارب حقيقة الأمر كان على المضارب أن يخصم من قيمة السـلعة عند البيع الربح الذى أعطاه لرب المـال .

(ب) أن يشـترى رب المـال لنفسـه جزءا من مال المضاربة أى مما آل اليه مال المضـاربة من سـلع وبضائع فى يد المضارب ثم يبيعه مرابحة اذا رأى مصلحته فى ذلك ، وتتمثل حجج من يرى جواز ذلك من الفقهاء (الامام مالك والأوزاعى وأبى حنيفة ورواية عن أحمد[2]) أن حـق المضـارب قد تعلق بهذا المـال بتصرفه فيـه فجاز لرب المـال شراؤه ولا يكون مشتريا مالا خالصا له ، ونضيف حجة أخرى أن رأس مال المضـاربة قد تحول الى سـلع وبضائع بعمل المضـارب فيه ومن ثم فقـد تغيرت حالته وطبيعته بما يخرجه عن صلاحيته لأن يكون رأس مال المضـاربة على ما يذهب اليـه جمهور الفقهاء ، ومن ثم صح التعامل عليـه مع رب المـال كغيره بل قـد يعتبر تصرف رب المـال فى هـذه الحالة من قبيل الاعانة للمضارب[3] .

وكلا الصورتين السـابقتين تعالج كثيرا من سلبيات صيغة المضاربة التى قد تتعلق بسلوكيات المضارب فى الممارسة العملية .

---

(1) بدائع الصنائع للكاسانى جـ ٦ ص ١٠٢ — مرجع سابق — حاشية ابن عابدين جـ ٨ ص ٣١٧ — مرجع سابق .

(2) انظر دليل الفتاوى الشرعية فى الأعمال المصرفية ص ٥٩ اصدار ادارة البحوث بمركز الاقتصاد الاسلامى بالمصرف الاسلامى الدولى .

(3) قريب من هذا المعنى : المبسوط للسرخسى جـ ٢٢ ص ٨٦ طبعة السعادة بمصر ١٣٢٤ هـ ، البحر الرائق لابن نجيم جـ ٧ ص ٢٦٧ ط. شركة الكتب العربية الكبرى بمصر ١٣٣٣ هـ .

٤ – تحول الاجارة الى شركة :

وفى هذه الصـــورة يكون مدار المعاملة هو عقد التأجير التمويلى أو الاستثمارى المعروف بـــ (Leasing) (١)

وهو من أهم أنواع اجارة منافع الأعيان التى اتخذت أشكالا عديدة فى الممارســـات التجارية المعاصرة وتصح بما تصح به الاجارة من معرفة المنفعة لأنها المعقود عليـــه ومعرفة الأجرة وأن تكون المنفعة مباحة شرعا كمـــا يشترط فى العين المؤجرة معرفتها ووقوع العقـــد على منفعتها دون أجزائها وأن تكون مقدورا على تسليمها ومشتملة على المنفعة المقصودة منها ومملوكة للمؤجر أو مأذونا له فيها وقـــد تكون الاجارة لمدة معينة معلومة أو العمل معلوم ولا يشترط فى الأجرة باعتبارها بدل المنفعـــة أن تكون معجلة ولكنها تستقر باستيفاء المنفعة أو بالقدرة على استيفائها .

وكل شرط ينافى مقتضى عقـــد الاجارة يبطل كأن يشـــترط المؤجر انتفاء مســـئوليته عن الهلاك أو التلف بغير تعـــد أو تفريط من المستأجر أو أن يشترط انتفاء مســـئوليته عن التأخير فى تســـليم العين المؤجـــرة لأنه من التزاماته لتمكين المســـتأجر من الانتفاع أو أن يشترط اعفـــاءه من عيـــوب العين المؤجرة ، وكذلك شرط اعفـــاءه من التأمين على العين المؤجرة لأنه من شروط تمكين المســـتأجر من الانتفاع . ومن ثم يجب عرض كل شرط من شروط هذا العقـــد على مقتضى أحكام عقد الاجارة فى الفقه الاسلامى لانزال الحكم الشرعى الصحيح عليها .

عنـــد نهاية هذا العقد لانقضـــاء مدته أو استيفاء المنفعة المقصودة قد يجد كل من الطرفين مصلحته تقتضى تحول عقد التأجير التمويلى الى شركة مضـــاربة المؤجر فيها رب المـــال والمســـتأجر مضارب ورأس مال المضاربة فى هـــذه الحالة لا يكون من النقـــدين على ما يرى جمهـــور الفقهاء ولكن من العروض عنـــد من يرى جوازها رأس مال المضـــاربة

---

(١) انظر فى تفصيل هذه المعاملة كتابنا : ضوابط الملكية مع احـــدث التطبيقات الاقتصادية المعاصرة ص ١٢٥ وما بعدها .

وبهذا قال الامام أحمد فى رواية وكذا أبو بكر وأبو الخطاب من الحنابلة والمرداوى فى الانصاف وبه قال طاووس والأوزاعى وحماد وابن أبى ليلى[1] ، والذين أجازوا العروض رأس مال للمضاربة اشترطوا تقييمها وقت العقد ، وهذا الرأى قد تدعو اليه الحاجة كما سبق ومن ثم فلا بأس به اذ لا يخالف محظورا شرعيا بل يحقق مصلحة راجحة .

وتحول عقد الاجارة فى هذه الحالة انما يكون بالنص عليه فى العقد بعد تقدير المصلحة الاقتصادية للطرفين وانتفاء الغرر فيه كأن يشترط رب المال الضمان على المضارب اذا تلف رأس المال بلا تفريط من المضارب ففى هذا الشرط زيادة غرر كما يذهب الحنابلة ولذلك يبطل عندهم الشرط ويصح العقد وهو مذهب الحنفية أيضا[2] .

● **النموذج الثانى .**

ومن النماذج والصيغ المقترحة فى اطار تجديد نظام الاستثمارات فى نطاق العمل المصرفى الاسلامى وطرق آفاق جديدة نقترح .

١ ـ تعدد أنواع المشاركات :

ليست المشاركة قسيم المضاربة والمرابحة وهو ما نوضحه على التفصيل التالى :

● **الاختناقات الفكرية فى أصول النظام الاقتصاد والمصرفى الوضعى :**

يقوم النظام الاقتصادى الوضعى بصفة عامة والنظام المصرفى بصفة خاصة على مجموعة من القواعد الفكرية الحاكمة والمحددة لمسيرته منها :

---

(١) المغنى جـ ٥ ص ١٢ ـ الانصاف جـ ٥ ص ٤٣٠ بتحقيق محمد حامد الفقى ط. السنة المحمدية ـ ١٣٧٤ هـ (١٩٥٥ م) ، المبسوط للسرخسى جـ ٢٢ ص ٣٢ ط ١ ـ مطبعة السعادة بمصر ـ المقنع لابن قدامة على مختصر الخرقى ـ مطابع سجل العرب ١٣٨٩ هـ (١٩٦٩ م) .

(٢) المغنى جـ ٥ ص ٦٢ ـ تحفة الفقهاء للسمرقندى جـ ٣ ص ٢٥ مطبعة جامعة دمشق سنة ١٩٥٨

ان نظام سعر الفائدة يلعب دورا مؤثرا وبارزا في معادلة الادخار والاستثمار بما يحقق توازنا أو تعادلا معقولا بينهما فلا تطغى احدى طرفي المعادلة على الأخرى بما ليس في مصلحة الاقتصاد ولا شك أنه ما لم يصل الوضع الاقتصادي الى حالة التشغيل الكامل فان تلك المعادلة لا يمكنها الانطلاق بكل من طرفيها من المدخرات أو الاستثمارات دون حساب تأثيرها على الأخرى سلبا أو ايجابا بما يجعلنا نقول ان هناك مخاطرة يجب أن تكون محسوبة في اطلاق عمل أو حركية المدخرات أو الاستثمارات وهو الأمر الذى لا يحدث كثيرا في المدى الزمنى الطويل •

وعلى أساس ما تقدم يمكننا الخلوص الى أن هناك اختناقا فكريا في معادلة المدخرات والاستثمارات من خلال سعر الفائدة •

أما بخصوص العمل المصرفي التجارى فان منهجيتها في اعطاء أولوية لنظام الخدمات وتحجيم نظام الاستثمارات يشكل اختناقا فكريا آخر في الوصول بالاستثمارات الى الحجم الأمثل الواجب لمواجهة وسد حاجات الناس الاقتصادية ومن تلافي المشاكل الاقتصادية في نواحي الحياة الأساسية كالغذاء والكساء والمسكن والمركب •••

كما أن الحرص الشديد من جانب النظام المصرفي على ايجاد توازن دائم بين السيولة والربحية يشكل اختناقا فكريا اضافيا في عمل البنوك التجارية •

لكل هذه الاختناقات الفكرية في قواعد النظام الاقتصادى وعمل النظام المصرفي التجارى كان لا بد من محاولة ايجاد البدائل أو حتى النفاذ من ثنايا هذه القواعد الاقتصادية وآليات العمل المصرفي ولا شك أن المشاركات بأنواعها المتنوعة والعديدة توجد نوعا من المصالحة أو الوفاق أو لالتئام والتعاون بين رأس المال والعمل لا على أساس سعر الفائدة وانما على أساس الربح الذى من خلاله تنكسر حدة القواعد الاقتصادية الحاكمة ومنهجية العمل المصرفي الأسير في اطار مشكلة السيولة والربحية أو مشكلة التعادل بين المدخرات والاستثمارات

أو أولوية الخدمات بأدواتها الائتمانية التقليـدية على الاستثمارات المحدودة اذ لا يجوز للبنوك التعامل فى المنقول أو العقار وانما فقط تلقى الودائع تحت الطلب أو لآجال قصـيرة وتقـديم الضـمانات للقروض والاستثمارات ثم الاستثمار المحدود .

● **الخصائص الجامعة للمشاركات(١) :**

تتمتع المشاركات بمجموعة من الخصائص المشـتركة تسـاعد على أداء الدور المرمـوق والمنتظر لهـا فى تخطى كثير من عقبـات النظم الاقتصادية والمصرفية . من هذه الخصائص ما يأتى :

(أ) ان الاشـتراك فى الربح هو جوهر عمليات المشاركة وطريقة اقتسـامه تخضع لاتفاق أطراف المشـاركة ومن ثم لا تجوز الجهالة فيه أو كل ما يؤدى الى قطعه عن أحـد الشركاء وأن يتم تحـديد أنصـبة الشركاء فيـه بنسـبة شـائعة معلومة عند التعاقد ومن هنا كان الربح منـذ اللحظة الأولى هو الشـغل الشاغل للشركاء وأنه هو المعقـود عليـه فى المشـاركات ، ومن ثم فلا بد أن يحظى بكامل الرعاية والعناية فى الدراسـة والتخطيط وحسن التقدير وعلى هـذا النحو يرقى الربح من أن يكون هـدفا الى كونه محلا أو معقودا عليه فى المشاركات .

(ب) ان احتمـال الخسـارة أمر وارد أمام تيقن الربح ومن ثم لا وجه للارتباط بينهما فاذا كان الربح معقودا عليه فان الخسـارة أمر احتمالى فى نفس الوقت . واذا كان الربح متروكا أمر كيفيـة توزيعه لاتفاق أطراف المشـاركة فان الخسـارة فى كيفيـة توزيعها فى حـالة حصولها ــ لا قدر الله ــ أمر لا مجال فيـه لاتفاق الأطراف بل هى دائما على قدر رأس المـال والا وقع الظلم فى مخالفة ذلك الأصل الفقهى المتفق عليـه .

(جـ) يجب تحديد هـدف المشـاركة وكذلك يتعين وضوح هـذا الهدف طالمـا أصبح الربح هو محور وجـود المشاركة ومحلها واذا كان ذلك كذلك فان تحديد هـدف المشاركة ووضوحه يفرض وجود سياسة

(١) نقصد بذلك الخصائص التى ترجع الى أصول النظام الاقتصادى.

للاستثمارات أو المشـــاركات أو تشغيل الأموال تشتمل على سلســلة الأولويات للمشروعات المدروسة ســلفا والجاهزة للتنفيذ فلا يكون عمل المشـــاركات عشـــوائيا أو تحكمه الظروف والملابســات وبذلك ترتقى أيضا بالهدف من المشاركات وتحوله من العمومية الى الضبط والتحديد والوضـــوح ٠

(د) لا شــك أن معلومية الربح ورجحانه واحتمــال الخســارة وتحديد الهدف ووضوحه يعكس أثره على مشروعية نشــاط المشــاركة فى اطار الحلال والحرام والنظام العام والآداب وعدم اقتراف ثمة محظور قانونى أيا كان موقع النص عليــه فى القانون ٠

(هـ) المشـــاركة أيا كان نوعها عقدها محدد فى مقدار رأس المـــال فى حالة وجوده وفى نسبة الربح المستحق لأطرافها وفى احتمال الخسارة بنســـبة رأس المـــال ، هـــذا ومن ناحية الشكل فانه يلزم كتابة عقــد المشاركة مراعاة لقطع النزاع بين أطرافها ومن ثم مصلحتهم وحماية الغير فى معاملاتهم مع الشركة ٠ ومن هنـــا لزم الشـــهر أو الاشهار والقيــد فى الســـجل التجارى ليبدأ الوجود أو الميلاد القانونى للشركة ومشروعية ممارسة نشاطها كما حدد لها فى غرضها ونظامها الأساسى ٠

(و) فيما يتعلق بحصص الشركاء فان البون شاســع بين التنظيم القانونى والتنظيم الفقهى للمســألة :

١ ــ ففى القانون يجوز أن تكون حصـــة الشريك دينا غائبا ، وفى الفقه يشترط أن تكون نقدا حاضرا لا دينا وان كان يجوز الحصة العينيــة بحيلة تقييمها ٠

٢ ــ وفى القانون يجوز أن تكون حصة الشريك عروضا أو أشياء عينية ، وفى الفقه يجوز عند البعض بحيلة تقييمهـــا مراعاة من الفقهـــاء لضرورة العـــدل فى تقدير وتقييم الحصص باعتبار أن الحصص أساس فى توزيع الأرباح وفى الخســـائر أيضا ، فوجب الحذر والاحتياط حتى لا يأكل الناس أموالهم بينهم بالباطل وهم ينظرون ٠

٣ — وفى القانون تأخذ بعض القوانين بعـدم جواز أن تكون السـمعة التجارية أو النفوذ السـياسى حصـة فى رأس مال الشركة ولا خلاف على عـدم الجواز فى النفوذ السـياسى سـدا للذريعة الى الفساد فى الشركة ، ولكن جمهور الفقهاء يجيزون شركة الوجوه وشركة الصنائع أو الأبدان أو التقبل ، ورأس المـال الحقيقى فيهما هو السـمعة التجارية والثقة الفنية ولا شـك أن رأى الجمهـور أدعى للمصـلحة والتيسير فى المعاملات التجارية والاقتصادية .

● معنى المشـاركة فى اللغـة :

يقال : اشتركنا بمعنى تشاركنا ، وقـد اشترك الرجلان وتشاركا وشارك أحدهما الآخر [١] .

وشاركت فلانا : صرت شريكه ، واشتركنا وتشـاركنا فى كذا ، والشركة : كلمة مشتقة من أفعـال : شـارك وشرك وتشـارك[٢] ، والمشاركات : جمع مشاركة على وزن « مفاعلة » مصدر : شارك شركا ومشـاركة .

ويقـال : شركت بينهما فى المـال تشريكا ، وأشركتـه فى الأمر والبيع : جعلته لك شريكا[٣] .

● المشـاركة عنـد الفقهـاء :

المشـاركة اسم جنس يقابلها المعارضـة فهى تشمل أنواعا عـدة من المشـاركات والشركات وكل ما كان فيـه معنى الاشـتراك والمشـاركة[٤] .

وعلى هذا النحو فالمشاركات تشمل أنواعا متعددة منها ما تحدث عنـه الفقهـاء تحت « باب الشركة » ومنها ما خص بباب مسـتقل كـ « المضاربة » والمساقاة والمزارعة والمغارسة .

---

(١) الصحاح للجوهرى ج ٤ ص ١٥٩٣ مادة « شرك » .
(٢) لسان العرب ج ١٠ ص ٤٤٨ — المنجد ص ٣٩٦
(٣) المصباح المنير للفيومى ج ١ ص ٣٣٣
(٤) انظر مجموعة فتاوى شيخ الاسلام ابن تيمية ج ٢٩ ص ٩٩

وعلى هــذا النحو فالمشاركة أقوى فى الدلالة على المفــاعلة بين الشركاء والتعاون بينهم وشــعور المشــارك بأهميــة دوره فى نجــاح المشــاركة[1] .

وعلى هــذا الأساس فان المشاركة فى الفقه الاقتصادى الاسلامى تحقق مبدأين عظيمين من مبادىء الاقتصاد الاسلامى وهما :

أولا : الخلط والمخالطة والاختلاط بين شيئين أو أكثر[2] وليس هذا مقصودا لذاته بل بما يترتب عليه من نتائج وآثار توزيعية لعــائد العملية الانتاجية تختلف طريقتــه عن العملية التوزيعيــة فى الاقتصــاد الوضعى وذلك الاختلاف يتمثل فى النواحى الآتية :

١ ــ ان توزيع عائد الانتاج الذى يقــوم على عوامــل الانتاج وعناصره من رأس المــال والعمل والأرض والمنظم ، وأن للعنصر الأول نصيب من العائد متمثل فى « الفائدة » ، والعنصر الثانى له نصيب من العائد يتمثل فى الأجر ، والثالث من العناصر له نصيب من العائد يتمثل فى الريع ، والعنصر الرابع والأخير له نصيب من العائد يتمثل فى الربح ، والوضــع فى العملية التوزيعية فى الاقتصاد الاســلامى يختلف عن ذلك الذى يقوم عليه الاقتصــاد الوضعى ذلك أن :

(أ) عنصر رأس المــال بمفرده لا يستحق عائدا فى المنهج الاسلامى والاقتصاد الاسلامى بصفة خاصــة اذ أن الربا حرام فلا يتعامل به أخذا أو اعطاء ، وانما يستحق رأس المــال نصيب من الربح ــ اذا تحقق ــ الناجم عن عملية اقتصادية استثمارية اختلط فيها رأس المــال بالعمــل وتحقق انتاج له قيمة بمشــاركة ادارة المنظم وأداء العــامل فى رأس المــال . واذا لم يتحقــق ربح فــلا حظ لرأس المــال فى شىء بل اذا حصلت خسارة أصيب رأس المــال بالخسران أو النقصان .

(1) انظر د. عبد العزيز الغامدى ــ المشاركات فى الفقه الاقتصادى الاسلامى ص ٣ من المقدمة .
(٢) لســان العرب المحيط لابن منظور جـ ٢ ص ٣٠٦

(ب) ان هنـــاك عنصرا آخر يضاف الى عناصر الانتاج ان لم يكن أســـاس فى الاقتصاد الاسلامى هو « حـــق الله » فى العائد أو الانتاج من العملية الاقتصادية أو الاستثمارية فالمـــال مال الله والعاملون فيـــه خلق الله عمالا ومنظمين ، ويتمثل حـــق الله فى فريضـــة الزكاة بصـــفة أساســـية والتى يجب أن يحسب حسابها فى العمليـــة التوزيعية لعـــائد العملية الانتاجيـــة بنسبها المختلفة حسب أنواع الأموال أو النشـــاط وأداء هذا العنصر من تقوى الله ولذلك فاننى أضفت الى عناصر الانتاج فى الاقتصاد الاسلامى عنصرا جديدا هو « التقوى » .

٢ ــ التعاون على الانتاج ، أى البر والاقساط بالناس ، ومن البر تلبية حاجات الناس على أساس من العدل فيما يعطى ولمن يعطون ، فيما يعطى بلا تقتير أو اسراف ، أى على قدر الحاجة ، ولمن يعطون بلا تميز فئـــة أو طبقة على حســـاب الآخرين ، والبر والاقساط من تقوى الله ومن هنا كانت القاعدة الانتاجية الاسلامية : ﴿وتعاونوا على البر والتقوى﴾

وقد يصبح البر بمعنى تلبية أو سد حاجات الناس الأساسية فرض عين اذا لم يكن سواه لذلك .

ثانيا : التعدد والتنوع فى المشـــاركات بما يغطى قطاعات انتاجيـــة عديدة على النحو التالى :

(أ) فهناك الشركات بأنواعها التى تستجيب لأنواع من النشـــاط الاقتصادى سواء منها ما يحتاج الى رأس مال وهى ما تسمى بشركات الأموال وهى :

ــ شركات العنـــان .
ــ شركات المفاوضـــة .
ــ شركات المضـــاربة .

ومنها ما لا يحتاج الى رأس مال وهى ما تســـمى :

ــ شركات الأعمال أو الأبدان أو الصنائع .
ــ شركات الوجـــوه .

(ب) وفى مقابل ذلك التقسيم الفقهى لأنواع الشركات هناك التقسيم القانونى لأنواع الشركات وهى :

ــ الشركات المدنية : وهى التى تقوم بأعمال لا تدخل فى نطاق أعمال التجارة كما حددها القانون التجارى على سبيل الحصر[1] .

ــ الشركات التجارية : وهى التى تقوم بأعمال تجارية على وفق نصوص القانون التجارى وهى تنقسم الى قسمين رئيسيين هما :

١ ــ شركات أشخاص .
٢ ــ شركات أموال .

وشركات الأشخاص هى التى تقوم على الاعتبار الشخصى وهى :
ــ شركات التضامن .
ــ شركات التوصية البسيطة .
ــ شركات المحاصة .

وشركات الأموال هى التى تقوم على اعتبار رأس المال وهى :
ــ شركات المساهمة .
ــ شركات التوصية بالأسهم .
ــ الشركات ذات المسئولية المحدودة .

● **المشاركات عندنا :**

تأسيسا على ما تقدم فليست الشركات هى المشاركات فقط وليست المشاركات هى الشركات فقط بل تشمل غيرها فهى « ما وقع

---

(١) وقد نص القانون التجارى المصرى على ما يعتبر عملا تجاريا وما لا يعتبر فى المواد ارقام ١ ، ٢ ، ٣ :
مادة ١ ــ كل من اشتغل بالمعاملات التجارية واتخذها حرفة معتادة له فهو تاجر .
مادة ٢ ــ يعتبر بحسب القانون عملا تجاريا ما هو آت :
كل شراء غلال أو غيره من أنواع المأكولات أو البضائع لأجل بيعها بعينها أو بعد تهيئتها بهيئة أخرى او لأجل تأجيرها للاستعمال .

فيـه الاشتراك بمقتضى عقـد[1] بين اثنين أو أكثر على القيام بعمـل أو نشـاط استثمارى على وفق مقاصـد الشرع الاسـلامى يشتركان فيـه بأموالهما أو أعمالهما أو جاههمـا أو بالمـال من أحـد الطرفين

=

وكل مقاولة أو عمل متعـلق بالمصـنوعات أو التجارة بالعمـولة أو النقل برا وبحرا .

وكل تعهد بتوريد أشياء وكل ما يتعلق بالمحلات والمكاتب التجارية وغيرها من المحلات المعدة للبيع بالمزايدة أو الملاعب العمومية .

وكل عمـل متعلق بالكمبيـالات او الصرافة او السمسرة وجميـع معاملات البنوك العمومية .

وجميع الكمبيالات ايا كان اولو الشـان فيها .

وجميع السـندات التى تحت اذن سـواء أكان من امضاها او ختم عليها تاجرا أو غير تاجر انما يشـترط فى الحالة الاخيرة ان يكون تحريرها مترتبا على معاملات تجارية .

وجميع المقاولات المتعلقة بانشـاء مبان متى كان المقـاول متعهـدا بتوريد الأدوات والأشـياء اللازمة لذلك .

وجميع العقود والتعهـدات الحاصـلة بين التجـار والمتسـببين والسماسرة والصيارف ما لم تكن العقود والتعهدات المذكورة مدنية بحسب نوعها او بناء على نص العقـد .

وكل عمل متعلق بانشـاء سـفن او شرائها او بيعها لسفرها داخل القطر او خارجه .

وجميع الرسـائل البحرية المتعلقة بالتجارة .

وكل بيع او شراء مهمات او ادوات او ذخائر للسفن .

وكل استئجار او تأجير السفن بالنولون ، وكل اقراض واستقراض بحرى .

وكل عقد تامين من الاخطار وجميع العقود الاخرى المتعلقة بالتجارة البحرية .

وكل اتفاق او مشارطة على ماهيات الملاحين واجرهم .

واستخدام البحريين فى السفن التجارية .

مادة ٣ ــ اذا باع أحـد أصحاب الاراضى او المزارعين المحصولات الناتجة من الأراضى المملوكة له أو المزروعة بمعرفته فلا يعد هذا البيـع عملا تجاريا .

(١) يفترق عقد الشركة عن غيره من العقود فى النواحى التالية :

والعمـل من الآخر وما ربحاه أو حصـلاه من الثمر أو الزرع فبينهما على ما شرطـاه وما غرماه فيحسب رأس المـال ان كان من الجـانبين أو بالمـال من جانب والعمل من الآخر »[١] .

وهـذا التعريف فى نظرنا لا يشـمل كل أنواع الشركات التى تحدث عنها الفقهاء فحسب بل يشـمل أيضـا المسـاقاة والمغارسـة والمزارعة واذا كان ذلك فان المشاركات قد تمارسها مؤسسات أو شركات وقـد يمارسـها أفراد وفى الحـالة الأولى تكتسب تلك الكيانات أو المؤسسات الشخصية المعنوية التى تمارس بها ومن خلالها وبمقتضـاها نشـاطها الاسـتثمارى بكل ما يترتب على تلك الشـخصية المعنـوية أو الحكميـة من آثار وبحسب طبيعة ونوع المشـاركة ومن أهم تلك الآثـار[٢] :

=

(أ) تقوم العقود على التوفيق والتوازن بين مصالح متعارضة بينما فى الشركة هـدف الشركاء واحد هو تحقيـق الربح .

(ب) فى الشركات المسـاهمة يضعف المفهوم التعاقدى الى حد كبير فقد لا يعرف غالبية الشركاء المسـاهمين بعضهم بعضا .

(جـ) عقـد الشركة يجوز تعديله بالأغلبية ومن ثم فان الشـخص المعنوى المترتب عليـه يسـيطر بقوة على الارادات الفردية التى سـاهمت فى تأسيس هذا الشخص المعنوى .

(د) يضفى القانون على عقـد الشركة بعـد تأسيسها وشـهرها الشخصية المعنوية ومن ثم فانشـاء الشخص المعنوى يترتب على عقـد الشركة .

(١) وقد عرف المشـاركة د. عبد العزيز الفامدى تعريفا جامعـا مانعا على ما نعتقد كان اسـاسـا فى تعريفنـا مع الضبط الذى ذكرناه اذ قال فضيلته : « المشاركة فى العقود هى عقد بين اثنين أو اكثر على قيـام بعمل استثمارى يشتركان فيه بأموالهما أو أعمالهما أو جاههما أو بالمـال من أحـدهما والعمل من الآخر وما ربحاه أو حصـلاه من الثمر أو الزرع فبينهما على ما شرطاه » ا هـ . انظر بحثه القيم بعنوان : المشـاركات فى الفقه الاقتصـادى الاسلامى بين الأصالة والتجديد ص ٤٨

(٢) حرمـات مرعيـة حتى لا يقـع الخـلل والفوضى فى النظـام الاقتصـادى .

١ ــ الذمة المــالية المستقلة عن ذمة الشركاء وقد يكون ذلك فى أحيان كثيرة حمــاية للشركة مما قــد يصيب بعض الشركاء فى ذمتهم المــالية الخاصة من عسر أو افلاس ، ويترتب على تمتع الشخص المعنوى بالذمة المــالية المستقلة عدة نتائج منها :

ــ انتقال ملكية الحصص أو رأس المــال الى الشخص المعنوى .
ــ ضمان عام لدائنى الشخص المعنوى دون دائنى الشركاء .
ــ امتناع المقاصة بين ديون الشخص المعنوى وديون الشركاء .
ــ تعدد واستقلال التفليسات فى حالة حصولها لا قدر الله .

٢ ــ تمتع الشخص المعنوى بالأهلية التى تمكنه من مزاولة نشاطه فى اطار الغرض الذى قام من أجله وسند انشــائه .

٣ ــ أن يكون للشخص المعنوى اسم وموطن وجنسية .

٤ ــ أن يكون للشخص المعنوى ممثــل يعبر عن ارادته وادارته أمام الغير .

● المشــاركات والشخصية المعنوية :

وقد طال الجدل وما زال حول مدى اعتداد الفقه الاسلامى بفكرة الشخصية المعنوية التى تخول ذمة مالية مســتقلة لصــاحبها ثم مــدى الحاجة اليها فى الفقه الاسلامى وما زالت بعض آراء المعاصرين والمحدثين فى آخر ما كتب تنحو منحى الرفض لفكرة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية ويعللون ذلك بما يأتى[1] :

١ ــ ان المعاملات فى الفقه الاسلامى مرتبطة ارتباطا وثيقا بعقيــدة المســلم وأخلاقه وعلى هــذا الأساس استنبط الفقهاء أحكام المشاركات المدونة فى كتب الفقه .... بخلاف القانون الوضعى الذى وضع أحكامه وفقا للمتطلبات المــادية فقط ... ومن هــذا المنطلق جعــل الشخصية الاعتبارية أمرا جوهريا فى قيــام الشركة ــ وهــذه حجة بذاتها صحيحة

---

(١) انظر د. عبد العزيز الفامدى ــ بحثه السابق الاشــارة اليــه ص ٥٧ وما بعدها .

فلا نزاع فى أن الربط بين العقيدة والمعاملات فى المنهج الاسلامى أمر جوهرى وأن البناء المادى للأنظمة القانونية أمر غالب ولكنها لا تفيد عزمة ولا حسما فى محل النزاع الفقهى وتحقيق مناطه فالشخصية الحكمية أو الاعتبارية مستمدة ومستوحاة من الشخصية الطبيعية ترتيبا وتنسيقا لأحكام عملية تقتضى ذلك وتيسيرا على الناس فى معاملاتهم دون مجافاة لأمر عقائدى من قريب أو بعيد ، بل ان مقاصد الشرع تقوم ضمن ما تقوم على حفظ المال مع بقائه واستمراره بدورانه وتشغيله ولزوم ذلك يقتضى اسباغ الشخصية الحكمية أو الاعتبارية لكيانات مادية كى تستطيع أن تحفظ المال ولا تعطله أو تهدره أو تكنزه وكلها أمور محظورة شرعا .

٢ ــ ان اسناد بعض الأحكام الى جهات ليس لها الشخصية الطبيعية فى الفقه الاسلامى كالوقف وبيت المال لا يدل بالضرورة على أن الفقهاء قد اعتبروا لها الشخصية المعنوية أو الحكمية خاصة وأنهم قد صرحوا بنفى الذمة عنها [١] ، وهذه حجة منقوضة بمثلها فكما أنه ليس هناك لزوم بين اسناد بعض الأحكام الى الوقف أو بيت المال والشخصية المعنوية فليس هناك أيضا عدم لزوم بين هذا الاسناد والشخصية المعنوية ويكون الأمر مداره تخريج المناط فاذا كان الفقهاء أصلا يعتبرون مسألة الذمة « كوصف شرعى مقدر فى الشخص كى يضفون عليه صلاحية للالتزام والالزام ومن هنا كانت القاعدة الفقهية الأصل فى الانسان «براءة الذمة» والذمة فى أساسها أمر مقدر حتى تنتظم الحقوق والالتزامات فى معاملات الناس فان استصحاب الحال يقتضى وبالضرورة اضفاء ذلك الوصف على الشخص المعنوى حكما اذ الحاجة العامة التى تنزل منزلة الضرورة داعية اليه وكل ما يهمنا توضيحه هنا أن الذمة كوصف شرعى مقدر ومفترض ليست ذاتا كما هى فى القانون الوضعى وفقهه اذ ينظر القانون والقانونيون الى الذمة على أنها :

---

(١) قال ابن نجيم فى البحر الرائق جـ ٥ ص ٢٢٧ : « وليس للوقف ذمة » وكذا ابن عابدين فى حاشية رد المحتار جـ ٤ ص ٤٣٩

مجموعة الحقوق المـالية الموجودة أو محتملة الوجود والالتزامات الموجودة أو المحتملة الوجـود لشخص معين ومن ثم فالذمة فى القانون ذات لا وصف اذ هى نفس الحقوق والالتزامات المـالية فى القانون وذلك بقصد تحقيق أمرين هما :

ـ تحقيق ضمان عام للدائنين على مجموع أموال المدين كوحـدة مستقلة عن الأموال المكونة لها وتشـمل الموجـودة حاليا والمحتمـلة مسـتقبلا .

ـ تحقيق حرية المدين فى التصرف فى بعض أمواله .

على حين أن الذمة فى الفقه الاسـلامى اذا كانت فى الفقه بمعنى العهد والأمان على حين أن الاسـلام يهتم ابتـداء بالانسـان وتربيته تربية اسـلامية عقائدية قائمـة على التوحيـد والعبودية لله وحـده والطهر والحل فى المعاملات أو حلية المعاملات والبعد عن الحرام وشبهاته ومن هنـا فان بعض الفقهاء اذا لم يثبت الذمة للوقف فقـد أثبتها غيرهم كمـا أن عـدم التصريح بالذمة للوقف أو المسـاجد أو بيت المـال لا ينفى اثبات الحقـوق لها وايجاب الواجبـات عليها كما هو ثابت عند الكثيرين من الفقهاء[1] ومن هنـا فان الأمر فى نظرنا لا يعدو أن يكون اختـلاف مدخل ومسلك فى كل من الفقه الاسلامى والقانون الوضعى ذلك أن :

(أ) من ناحية المدخـل فلا شـك أن اهتمام المنهج الاسـلامى بالانسان وسلوكه على رأس الأمر وجوهره بل مدار الأمر كله كى يربى على عقيـدة التوحيـد ويكون مسلكه اسـلاميا فى كل شىء وهـذا أمر لا يعنى به كثيرا ولا تتخذه مدخـلا أسـاسيا لها القوانين الوضعية وبصفة خاصة القوانين الاقتصادية منها فهناك مقـولة تقول : لا دخـل للأخلاق فى الاقتصـاد .

---

(١) الروضـة للنووى جـ ٢ ص ١٧٠ ـ الأم للشـافعى جـ ٢ ص ١٢،١١ ـ المغنى لابن قدامة جـ ٢ ص ٤٦٢

فالذمة فى الفقه الاسلامى مناط التكاليف الدينية والدنيوية معا ولهذا تكتمل أهلية الأداء بالبلوغ وعندما يكون الشخص مكلفا بالصلاة ونحوها[1] فالانسان الذى كلف بالعبادة كلف بتعمير الأرض بل ان كل ذلك داخل فى نطاق العبادة بالمفهوم الاسلامى ... فمن كان أهلا لخطاب الشارع كان أهلا لأن تكون له ذمة مالية يكلف بالواجبات المالية ولذا خصوا الذمة بالانسان[2] ولكنهم مع ذلك قرروا جواز الوقف على الجهة[3] .

(ب) ان الفقهاء المسلمين اذ يثبتون للمسجد والوقف وبيت المال بعض الأحكام التى تثبت للشخص الطبيعى فان مداره الحاجة وتنظيم شئون هذه الجهات ــ الوقف والمسجد وبيت المال ــ ومن ثم فليسوا بحاجة الى الاعتراف بالشخصية المعنوية على نحو عام ومجرد أو كمبدأ قانونى عام كما هو الحال فى القانون الوضعى لاختلاف المدخل فى كل من النظام القانونى والمنهج الاسلامى على نحو ما أسلفت بيانه ولا أدل على صحة ما نقول مما يلى :

ان جمهور الفقهاء يذهب الى أن كل شريك على انفراد تستحق عليه الزكاة بتوفر شروطها الشرعية والا فلا زكاة عليه ولو كان مال مجموع الشركاء يبلغ نصابا خلافا للشافعى الذى اعتبر مجموع المال كالمال الواحد فى وجوب الزكاة[4] .

---

(١) أحكام القرآن للقرطبى جـ ١ ص ٨٤ تحقيق عبد الغنى عبد الخالق ــ ط . دار الكتب العلمية بيروت ١٣٩٢ هـ .

(٢) التلويح على التوضيح جـ ٢ ص ٣٢٤ للتفتازانى ــ التوضيح للمحبوبى صدر الشريعة الثانى ــ تحقيق د. محمد حسن هيتو ــ ط ٢ مؤسسة الرسالة ١٤٠١ هـ ــ كشف الأسرار جـ ٤ ص ٢٣٨ على أصول البزدوى لعبد العزيز البخارى ط ١٣٠٧ هـ ــ أصول السرخسى جـ ٢ ص ٢٣٣ ــ حاشية الأزميرى على مرآة الأصول جـ ٢ ص ٤٣٤

(٣) فتاوى قاضيخان جـ ٣ ص ٢٩٣ ــ روضة الطالبين جـ ٥ ص ٣١٩ ــ الروضة للنووى جـ ٣ ص ٢٩٣ ــ المغنى جـ ٥ ص ٦٠١ ــ الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٩٤ ، ٢٠٢ ــ تحفة المحتاج جـ ٦ ص ٢٨٩

(٤) د. يوسف القرضاوى ــ فقه الزكاة جـ ١ ص ٢٧٨

٣ — ان بعض الآثار التى رتبها القانون الوضعى على الأخذ بالشخصية الاعتبارية لا تتفق مع روح الشريعة الاسلامية مثل :

(أ) خروج حصة الشريك عن ملكه وانتقالها الى ملك الشركة باعتبار الشخصية المعنوية المستقلة للشركة بما يتنافى مع قواعد الشريعة الاسلامية فى الملكية وما تخوله للمالك من مكنة التصرف التام فى ملكه فى حدود ما شرعه الله وحصة الشريك فى الشركة ما زالت فى ملكه .

وهذا الذى ذهب اليه الباحث ليس مسلما لا فى القانون ولا فى الفقه الاسلامى .

ففى الفقه الاسلامى فعند الحنفية لا تجوز الشركة فى المثليات الا بعد الخلط[1] ويرى الشافعية والظاهرية وزفر أن شركة الأموال لا تصح الا بخلط رأس المال خلطا لا يتأتى معه تميز مال الشركاء وأن يكون ذلك قبل التصرف فيه فلا يكون شركة الا بالخلط[2] وحتى يكون الربح ربح مال مشترك بين الشركاء فيكون بينهم على حسب ما لكل شريك فى رأس المال من حصة ، وذهب سحنون من المالكية الى أن الخلط شرط فى لزوم العقد وليس فى صحته والمعتمد عند المالكية أنه — الخلط — فى الضمان أى دخول رأس المال فى ضمان الشركاء جميعا حتى ان ما يهلك منه بعده يهلك عليهم وما يهلك منه قبله يهلك على صاحبه خاصة غير أن ذلك ليس على اطلاقه اذ الخلط شرط فى الضمان بالنسبة للطعام اذا جعل رأس مال للشركة وليس شرطا فى ضمان غيره اذ أن ضمانه على الشركاء يكون بمجرد العقد ويكتفى بالخلط ولو حكما[3] ، أما فى القانون الوضعى فليست

(١) فتح القدير جـ ٥ ص ٢٥ — بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٥٤٠ مطبعة الامام — تبيين الحقائق جـ ٣ ص ٣١٧

(٢) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٢١٣ — المحلى جـ ٨ ص ٥٤٥

(٣) الشرح الكبير للدردير — وحاشية الدسوقى جـ ٣ ص ٣٥٠ وما بعدها — والخرشى جـ٥ ص٤٧ وما بعدها — والمغنى جـ٥ ص١٣٧ مشار اليه فى الشركات للشيخ على الخفيف ص ٤٥

كل الشركات تتمتع بالشخصية المعنوية فهناك وعلى وجه الخصوص (شركة المحاصة) التى تعقد بين اثنين أو أكثر للقيام بعمل واحد أو سلسلة من الأعمال يؤديها أحد الشركاء باسمه على أن يقتسم الربح أو الخسارة بينه وبين بقية الشركاء « فهذه الشركة نظرا لاستتارها بين الشركاء لا تتمتع بالشخصية المعنوية ولا تضامن بين الشركاء فيها وتكون مسئولية الشركاء مباشرة وشخصية عن ديون الشركة »[1] .

(ب) تخصيص ذمة الشركة للوفاء بديونها ومنع دائنى الشريك من تقاضى ديونهم من حصة الشريك فى الشركة قبل تصفيتها الا من الربح وكذلك استقلال التفليسات الجنسية للشركة والشركاء ما عدا شركة التضامن والتوصية وذلك بالمخالفة لأحكام الحجر فى الفقه الاسلامى اذ أن دائنى الشركة يتقاضون ديونهم من أموالهم أولا واذا لم تف فمن أموال الشركاء الخارجة عن الشركة اذا كانت زائدة عن حاجتهم الأصلية فالفقهاء لم يستثنوا المال المشترك من البيع وانما ما يلزم لسد الحوائج الأصلية وما زاد ينفذ عليه وهذا أمر وارد فى القانون الوضعى من وجوه عدة وليس كلها والاختلاف فى بعض الوجوه يعكس طبيعة التنظيم الخاص للشركات فى كل من القانون الوضعى والفقه الاسلامى اذ الأصل فى الشركات فى الفقه الاسلامى هو الطابع الشخصى على العكس فى النظام القانونى الذى يجمع بين الطابع الشخصى فى شركات الأشخاص والطابع المادى أو المالى فى شركات الأموال والأخير هو الغالب بحسب طبيعة العصر ومتطلبات المصلحة الغالبة ومن أوجه الائتلاف فى هذا الخصوص أن الشركة عند تصفيتها يتقاضى الدائنون حقوقهم من أموالها فى شركات التضامن وشركات التوصية وفى غير حالة التصفية يكون من حق دائنى الشريك استئداء حقوقهم من أرباحه فى الشركة اذا تحققت له أرباح وتنظيم استئداء

---

(1) د. على حسن يونس : الشركات التجارية ص ٢٠٤ — د. محمد صالح : شرح القانون التجارى جـ ٢ ص ١٤٦ — د. مصطفى طه : الوجيز فى القانون التجارى ص ٢٤٨

حقــوق الدائنين على النحو الغــالب تقتضيه مصلحة بقية الشركاء فى الشركة ومن ثم المصلحة الاقتصــادية التى تقوم على الشركات كعصب للنشاط الاقتصادى ومن ثم فالمصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة فى هــذا الصدد ولا بأس من ذلك وما يســتدل به على مخالفة القانون للشريعة فى هــذا الخصوص من أن الرسول صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ بطلب غرمائه وباع ماله فى دينــه وقسم ثمنه بين غرمائه وقال لغرماء الذى كثر دينه : «خذوا ما وجدتم وليس لكم الا ذلك»[1] ولا يؤجل وفاء الدين حتى تصفى الشركة لحديث : «مطل الغنى ظلم»[2] وتأجيل قضاء الدين الحال مماطلة مع وجــود المــال فان هــذا الاستدلال فى غير موضعه فلم يكن معاذ شركة أمر الرســول صلى الله عليــه وسلم غرمائه بأخــذ ديونهم من أموالها أو أموال معاذ فيها . كمــا أن الشركة ليست فى موضــع المماطلة حتى يؤخــذ بهــذا الحديث بل ان أمواله أو بعضا منها مخلوطة بغيرها فى شركة خلطا لا يتميز به مال شريك من مال الآخر فمعنى الشركة الاختلاط وهو لا يحصل الا بالخلط[3] .

٤ ـ ان ما ذهب اليه الباحث من أن النص فى عقد المشــاركة على توكيل من تتوفر فيه الأهلية للقيام بادارة الشركة بدافع مبررات الأخذ بمبدأ الشخصية المعنوية فى القانون الوضعى تخريج ليس فيــه جــديد ولا تقديم حل لمــا يثيره الباحث نفســه من عدم ترجيحه لفكرة الشخصية المعنوية فكل من الفقه الاســلامى وفقهاء القــانون الوضــعى يكادون يذهبــون الى هذا التخريج لتأجيل تصرفات ممثل الشركة تجاه الشركاء وتجاه الغير وفى جميع نشاطات الشركة ومن ثم فان هــذا التخريج وهو «وكالة المدير أو ممثل الشركة عن الشركاء فى التصرفات» يأتى هو نفسه

---

(١) أخرجه مسلم عن أبى ســعيد الخــدرى فى كتاب المســاقاة والمزارعة ـ صحيح مسلم بشرح النووى جـ ١٠ ص ٢١٨ ـ د. عبد العزيز الغامدى ـ المرجع السابق ص ٥٩

(٢) أخرجه البخارى عن أبى هريرة فى كتاب الاستقراض (٢٤٠٠) ـ فتح البارى جـ ٥ ص ٦١

(٣) الشيخ على الخفيف : الشركات ص ٤٥

كنتيجة لكيان انعقد وصح انعقاده وترتيب آثاره عليه ولكن هذا الكيان الاقتصادى هل يتمتع بما يسمى بالشخصية المعنوية أو الاعتبارية أو تنكر عليه ذلك والأول هو ما نرجحه لما سبق سرده ، والثانى هو ما يرجحه الباحث وما نخالفه فيه لما سقناه من حجج دامغة لترجيحه •

● **المشاركات والمضاربة والمرابحة وصيغ التمويل الاسلامية :**

يذهب الرأى السائد فى الاقتصاد الاسلامى وفى ممارسات البنوك الاسلامية الى أن صيغ « التمويل الاسلامية » هى « المشاركة ــ المضاربة ــ المرابحة » •

١ ــ تأسيسا على ما سبق بيانه من معنى المشاركات عندنا فليست المشاركة قسيم المضاربة والمرابحة بل هى أصل يحتوى العديد من صور وأشكال الممارسة الاقتصادية والاستثمارية فى نطاق الاقتصاد الاسلامى وعمل البنوك الاسلامية على وجه الخصوص ــ فالمضاربة ــ قد تتمخض عن مشاركة بل ان البعض يعتبرها ابتداء نوع شركة ويعبر عن الشركة بالمشاركة أو الاشتراك[١] •

ولذلك يعجبنى تعريف الأحناف للمضاربة بل أراه من أدق التعريفات وان لم يكن من أشملها أى ليس جامعا ولكنه يحقق وجها دقيقا فى المسألة وهو تحديد متى تكون المضاربة شركة ؟ اذ قالوا فى تعريف المضاربة بأنها : « عقد شركة فى الربح من جانب ، وعمل من جانب »[٢] •

وعرفها البعض أيضا بأنها « نوع شركة فى الربح على أن يكون رأس المال من طرف والعمل من طرف »[٣] •

---

(١) د. ابراهيم فاضل الدبو ــ عقد المضاربة ص ٨ مطبعة الارشاد ــ بغداد .

(٢) حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ٦٤٥

(٣) منير القاضى : شرح مجلة الأحكام العدلية ص ١٥٣ مشار اليه فى ابراهيم فاضل الدبو ــ المرجع السابق ص ٣٠

فالشركة فى المضاربة لا تتحقق الا اذا تحقق ربح ومن هنـا كانت أوصاف الفقهاء للمضارب فى المضاربة بأنه أمين ووكيل وأجير وغاصب وشريك .

فالمضارب أمين : اذ المـال الذى بيده غير مضمون عليـه الا اذا تعمد اتلافه أو قصر فى حفظه وهو ما عليه جمهور الفقهاء(1) .

والمضارب وكيل : فجمهور الفقهاء على أن المضارب نائب عن رب المـال ينفذ تصرفه فى المـال الذى بيده باعتباره وكيـلا عنـه ولذلك يشترط فيه شروط الوكيل(2) .

المضارب أجير : المضـارب فى حالة فسـاد المضاربة لتخلف شرط من شروط صحتها يصبح أجيرا بعد أن كان شريكا فى الربح ويستحق أجر مثل عمله سـواء وجـد ربح فيها أم لم يوجـد على ما يذهب اليه جمهور الفقهاء ، والشروط المفسدة لعقد المضاربة ثلاثة(3) :

١ — شروط تتنافى مع مقتضى العقـد ... كأن يشـترط أحـد المتعاقدين ألا يبيع أو ألا يشترى أو بقاء المـال تحت يد المـالك خلافا لرأى الجمهور أو لزوم المضاربة .

٢ — شروط لا تلائم مقتضى العقد .... كجهالة الربح كأن تكون حصة المضارب أو رب المـال مجهولة أو أن يكون نصيب أحـدهما فى الربح مقطوعا أو مبلغـا معينا .

٣ — شروط ليست من مصلحة العقد .... كأن يشترط رب المـال على المضـارب أن يضارب له بمال آخر .

المضارب غاصب : اذا تعمد المضارب افسـاد المضاربة بأن فعـل

---

(1) المغنى لابن قـدامة جـ ٥ ص ٥٣ — كشـاف القنـاع جـ ٣ ص ٥٢٣ — مشار اليه فى عقد المضـاربة .

(2) مواهب الجليـل جـ ٥ ص ١٢٢ — القواعـد للعـلامة الحلى جـ ٧ ص ٤٣٦

(3) نهاية المحتاج جـ ٥ ص ٢٢٩ — المغنى لابن قدامة جـ ٥ ص ٥٠ — انظر ما سبق ص ٦٩ وما بعدها .

ما نهاه عنـه رب المـال أو فعل ما لا يحق له أن يعمله فمذهب الجمهور بأنه يصير بمثابة الغاصب للمال ومن ثم يضمن[1] ، اذ يصير متصرفا فى مال غيره بغير اذنه فلزمه الضمان كالغاصب •

استحقاق المضارب من الربح : ان ما يستحقه المضارب فى المضاربة الصحيحة هو ما شرط له من الربح ان كان هناك ربح •

الا أن ما يرجوه العامل من ربح لا يسلم له الا بعد تسليم رأس المـال الى صاحبه وما زاد على ذلك فهو الربح ، ومن ثم يكون هـذا الربح بين العـامل ورب المـال على الشرط الذى اتفقا عليه من عقـد المضـاربة[2] •

وفى حالة حصول الربح تتحقق الشركة بينهما فيـه على ما شرط فالمضـاربة عقد شركة فى الربح ••• على نحو ما سبق تفصيله •

وعلى هذا النحو السـابق يصير المقارض بالعقد وكيـلا عن رب المـال فى العمل فيه استثمارا وتنمية ويصير المـال بتسليمه اليه أمانة فى يده لا يضمنه الا اذا تعدى عليه أو قصر فى حفظه والمحافظة عليـه ونقصد بالمحافظة تثمير المال ، ونقصد بالحفظ عدم اتلافه ــ شأنه فى ذلك شأن الوكيل والأمين ولذلك يضمنه اذا توفى مجهلا له فيؤخذ من تركته واذا ظهر ربح كان الربح شركة على ما اتفقا واذا ظهرت خسـارة كانت فى المـال على رب المـال وحده[3] •

٢ ــ والمرابحة قد تتخذ شكل مشاركة[4] :

والمشاركة فى المرابحة تنعقد فى الابتداء اذا تأسست شركة للعمل بأسلوب المرابحة فقط كمـا قد تنعقد فى الانتهاء اذا تحولت المرابحـة الى مشـاركة وفى هـذه الحالة هنـاك العديد من الضوابط الشرعية

---

(١) البدائع للكاسـانى جـ ٦ ص ٨٦ ــ الانصاف للمرداوى جـ ٢ ص ٤٢٨

(٢) بداية المجتهد لابن رشد جـ ٢ ص ٢٣٨

(٣) انظر المرحوم الشيخ على الخفيف : الشركات ص ٧٤

(٤) انظر ما سبق ص ٨١ وما بعدها •

لسلامة العملية اذ لا يتصـــور حصولها الا اذا كان البيع مرابحة مقسط وتم ســـداد بعض الأقســـاط أو لم يتم شيء من ذلك وتعسر المشـــترى مرابحة فى الســـداد لظروف خاصـــة به فى الأغلب الأعم وكان البـــائع مرابحة فى وضـــع أفضل بالنسبة للسلعة وامكانية ترويجها أو التصرف فيها بما يحقق ربحا للطرفين ومن ثم فقد يتفقان مرة أخرى على الشراكة وبما لا يجافى حقا أو يقترف اثما ومحظورا شرعيا .

● **ما قيل فى معنى المشاركة فى كتابات المعاصرين :**

أولا : قيل ان المشـــاركة أسلوب تمويلى مســـتحدث يقوم على أســـاس تقديم المصرف الاســـلامى للتمويل الذى يطلبه المتعامل معـــه دون تقاضى فائدة وانمـــا يشـــارك المصرف فى النـــاتج المحتمل ان ربحا أو خسارة وحســـبما يرزق الله به فعلا فى ضـــوء قواعد وأسس توزيعية متفق عليها بين المصرف وطالب التمويل قبل بدء التعامل ، وهذه الأسس مســـتمدة من ضوابط العقود الشرعية ، فعنـــد تحقق ربح فعلى يتم توزيعه كالآتى :

(أ) حصة للشريك من صـــافى الربح مقابل عمله وادارته واشرافه على العملية أو المشروع .

(ب) الباقى يوزع بين الشريك والمصرف الاســـلامى الذى قـــدم التمويل وذلك بنسبة ما قدمه كل منهما الى التكلفة الكلية للعملية .

أما فى حالة الخســـارة فيتم توزيعها على الشريك والمصرف بنسبة تمويل كل منهما ..

ولا شك أن المصرف يعتبر شريكا حقيقيا فى العمليات ونتائجها الا أنه شريك ممـــول يفوض طالب التمويل فى الاشراف والادارة باعتبـــار الأخير هو منشىء العملية وخبيرها والملم بطبيعتها ، ومن ثم فان تدخل المصرف فى الادارة لا يكون الا بالقدر الذى يضـــمن له الاطمئنان الى حســـن سير العمليـــة والتزام الشريك بالشروط المتفق عليها فى العقـــد

وكذلك التغلب على المشكلات التى تواجهه وذلك حماية لأموال العملاء[1] اهـ .

وفى تعليقى على هذه المقولة فى مفهوم التمويل بالمشاركة أقول :

١ – ان حصر المشاركة فى التمويل أو جعلها كأسلوب تمويلى فقط يخرج أنواعا من مفهوم الشركات التى هى من المشاركات فى الفقه الاسلامى وهذه الأنواع هى شركات الوجوه وشركات الصنائع والأعمال والأبدان .

٢ – القول بأن مشاركة المصرف فى الناتج المحتمل ان ربحا أو خسارة لا يستقيم القول به أو العمل ان كان الناتج المحتمل خسارة ، فاذا كان من المحتمل أو المتوقع حصول خسارة فلا يجوز الدخول فى المشاركة فذلك على خلاف ما يجب أن تقضى به دراسات الجدوى الاقتصادية فالربح يجب أن يكون هو المتوقع والمحتمل والخسارة أمر عارض أو طارىء ولأسباب غير منظورة وغير متوقعة .

٣ – القول بأن الناتج المحتمل ان ربحا أو خسارة يتم توزيعه فى ضوء قواعد وأسس توزيعية متفق عليها بين المصرف وطالب التمويل لا يستقيم لعدة أمور هى :

(أ) الربح يوزع على الشركاء والخسارة يتحملها الشركاء فليست عائدا زائدا عن رأس المال يتم توزيعه .

(ب) ان تحمل الخسارة فى الفقه الاسلامى لا يخضع للاتفاق بين الشركاء كما هو الحال فى النظام القانونى للشركات أو قوانين التجارة انما هى دائما بنسبة رأس مال كل شريك فى المشاركة ، وقد حكى اتفاق جميع الأئمة على اختلاف مذاهبهم على ذلك واشتراط خلاف هذا شرط فاسد لا نفاذ له ولا تبطل به الشركة بل يبطل هو ويصح العقد[2].

---

(١) التمويل بالمشاركة – من مطبوعات ادارة البحوث بمركز الاقتصاد الاسلامى التابع للمصرف الاسلامى الدولى بالقاهرة ص ٦ ، ٧

(٢) انظر الشيخ على الخفيف : الشركات ص ٥٥ – والبدائع جـ ٦ ص ٦١ – والمبسوط جـ ١١ ص ١٧٦ – ومنتهى الارادات جـ ٢ ص ٢٠٦

وهذا على خلاف ما ذهب اليه القانون الوضعى فالأصل فيه أن يعين نصيب كل شريك من الربح أو الخسارة فى عقد الشركة فاذا تضمن عقد الشركة ذلك وجب اتباعه ولا يشترط حينئذ أن تكون الخسارة أو الربح على حسب حصة كل شريك فى رأس المال بل يجوز أن يشترط فى كل منهما (الربح والخسارة) أن يكون على ذلك أو على خلافه ، فيكون لأحدهم فى رأس المال الربح ويجعل حظه فى الخسارة أكثر من ربحها أو أقل من ذلك ، ولا يجب فى قسمة الخسارة حينئذ أن تكون على وفق قسمة الربح ولا على وفق حصة كل فى رأس المال بل يجوز اختلافها عنهما .

واذا لم يعين فى عقد الشركة حظ كل شريك من الربح والخسارة كان حظ كل منهم فى ذلك بنسبة رأس ماله .

واذا اقتصر فى العقد على بيان الحظ فى الربح أو بيان الحظ فى الخسارة كان ذلك بيانا أيضا لمقداره من الخسارة أو الربح[1] كما تنص

---

(١) م ٥١٤ ، ٥١٥ مدنى مصرى ، م ٨٩٤ ، ٨٩٥ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى ، م ١٣٠٠ تونسى ، م ٣١٠٣ مغربى ، م ٤٨٢ ، ٤٨٣ مدنى سورى ، م ٥٠٥ ، ٥٠٦ ليبى مدنى ، م ٦٣٤ ، ٦٣٥ مدنى عراقى ، م ٤٧ من الشركات الأردنى ، م ٩ من قانون الشركات السعودى .

تنص المادة ٥٠٥ من القانون المدنى المصرى على أن :

« الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم فى مشروع مالى بتقديم حصة من مال أو من عمل لاقتسام ما ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو من خسارة » .

وتنص المادة ٥١٤ من القانون المدنى المصرى على انه :

« ١ — اذا لم يبين عقد الشركة نصيب كل من الشركاء فى الأرباح والخسائر كان نصيب كل منهما فى ذلك بنسبة حصته فى رأس المال .

٢ — فاذا اقتصر العقد على تعيين نصيب الشركاء فى الربح وجب اعتبار هذا النصيب فى الخسارة أيضا وكذلك الحال اذا اقتصر العقد على تعيين النصيب فى الخسارة .

٣ — واذا كانت حصة أحد الشركاء مقصورة على عمله وجب ان يقدر

=

القوانين الوضـعية على بطلان كل شرط فى عقـد الشركة يقضى بحرمان أحد الشركاء من الربح أو اعفائه من الخسـارة[1] ومع ذلك يجـوز الاتفاق على اعفاء الشريك بعمله فقط من الخسـارة اذا لم يقرر له أجر على عمله[2] .

(ج) وجهة النظر لدى القانون وفقهائه أن الرضـا أصـل العقود وأنه يؤخذ بالعرف ، والعرف لا يمنع من تفاوت الربح والخسـارة وأن يكون بناء على اتفاقهما[3] ووجهة النظر عند فقهاء الشريعة الاسلامية تقوم على الآتى :

١ ــ بالنسـبة للربح عنـد من يرى من الفقهاء أن الربح انما يكون على ما شرط فى العقد فاسـتحقاق الربح انمـا يكون بالمـال أو بالعمل أو بالضـمان ؛ فاستحقاقه بالمـال لأنه يعـد نماء له فوجب أن يكون لمـالكه ومن ثم فله أن يشترط من الربح ما يريد واستحقاقه بالعمل لأنه ناتج عنـه ، واستحقاقه بالضـمان فلحديث الرسول صلى الله عليه وسلم : « الخراج بالضمان »[3] وعنـد من يرى من الفقهاء أن

= نصيبه فى الربح والخسارة تبعا لمـا تفيده الشركة من هذا العمل فاذا قدم فوق عمله نقودا أو أى شىء آخر كان له نصيب عن العمل وآخر عما قدمه فوقه » .

وتنص المـادة ٥١٥ مدنى مصرى على انه :

« ١ ــ اذا اتفق على ان احد الشركاء لا يساهم فى ارباح الشركة او فى خسائرها كان عقد الشركة باطلا .

٢ ــ ويجوز الاتفاق على اعفاء الشريك الذى لم يقدم غير عمله من المساهمة فى الخسائر بشرط الا يكون قد تقرر له أجر عن عمله » .

(١) الوسيط للدكتور السنهورى جـ ٥ ص ٢٧٩ ، م ٧ من قـانون الشركات السعودى .

(٢) مجمعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى جـ ٤ ص ٣٢٨ « على أن الأمر يتعلق بعرف ثابت مستقر جرى العمل على اتباعه حتى ولو لم يذكر شىء فى نظم الشركة » .

(٣) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ٦٢ ، مشار الى المسألة فى د. عبد العزيز الخياط ، الشركات جـ ١ ص ١٥٧ وما بعدها .

الربح انما يكون تابعا لرأس المـال فلأنه شـبيه بمنفعة الملك فيكون على قدر رأس المـال[1] .

٢ ــ وبالنسبة للخســارة وكونها على قدر رأس المـال اذ لا يصح أن تكون على خلاف ذلك لأنها متعلقة بالمـال أو بجزء هالك من المـال وجعلهـا على غـير ذلك اجحـاف بالشركاء الذين يتحملون زيادة فى الخسارات[2] ومن ثم يجب أن تكون بحسب رأس المـال فان تساوت الحصص تسـاوت الخسارة وان تفاوتت تفاوتت الخسارة .

(د) أما اذا شرط فى العقد شرط يقضى بحرمان أحد الشركاء من الربح أو اعفـاءه من الخسارة أو تخصيص كل الأرباح لبعض الشركاء دون البعض فذلك يفسد الشركة عند فقهـاء الشريعة اذا كانت للشركة فى الأموال من الجانبين وكذلك عنـد رجال القانون لأن ذلك ينافى معنى الشركة من الاشـتراك فى الربح والخســارة والقاعـدة الشرعية : « الغنم بالغرم » .

أما فى المضـاربة فلا تشترط المسـاهمة فى الخسـارة وفى شركة الصنائع فالخسـارة بمقدار الضـمان وفى شركة المفاوضـة يتساوى الربح والخسـارة وهذه الأنواع الثلاث من المشاركات لا تعرفها الأنظمة القانونية الوضعية .

ثانيا ــ قيل ان المشـاركة هى صورة قريبة من المضاربة ذلك أن الفرق الأساسى بين الصيغتين أنه فى حـالة المضـاربة يتم تقـديم رأس المـال من قبل صاحب المـال وحده أما فى حـالة المشـاركة فان رأس المـال يقدم من الطرفين[3] .

---

(١) بداية المجتهد لابن رشد جـ ٢ ص ٢٧٧ ، فتح العزيز شرح الوجيز جـ ١٠ ص ٤٢٨

(٢) د. عبد العزيز الخياط ــ المرجع السابق جـ ١ ص ١٥٩

(٣) انظر الأهرام الاقتصـادى ــ البنـوك الاسـلامية ، د. محمود الانصارى وآخرين ص ٦٨

ولولا عبارة « المشـــاركة هى .... » لمــا اعتبرنا ذلك تعريفــا للمشاركة ولا قريبا من التعريف ، فالمضـــاربة كما ســبق « نوع شركة فى الربح » ومن ثم فالمشـــاركة أصــل أو جنــس ، والمضـــاربة فــرع أو نوع منها ، وليس كمــا قيــل ، هــذا من ناحيــة ومن أخرى فان المشـــاركة عند فقهاء الاسلام ليست قائمة فقط على المــال من الجانبين فشركات الأموال أحد أنواع المشاركات فى الفقه الاسلامى[1] .

ثالثا — قيــل ان التمويل بالمشـــاركة أسلوب تمويلى يقوم على أســاس تقديم المصرف الاسلامى للتمويل الذى يطلبه المتعامل معه وذلك دون تقاضى فائدة ثابتة (ربا) ... وانما يشـــارك المصرف فى الناتج المتوقع اما ربحا أو خســارة .... فى ضــوء قواعد وأسس توزيعيــة متفق عليها ... مستمدة من قواعــد عقــد المضــاربة الشرعية ...[2] .

وتعليقى على هــذا التعريف الذى يعتبر قريبــا جدا من التعريف الأول انه قصر قواعــد وأسس توزيع الربح وتحمــل الخســارة على عقــد المضاربة ، والمشاركة فى حقيقتها لا تقتصر على المضــاربة فقد لا تسفر عن شركة الربح اذا لم يتحقق شىء منــه والغريب بعــد ذلك أن تعتبر المشـــاركة هى المضــاربة فى رأى البعض ، وفى رأى البعض الآخر أنها شركة العنــان ، وفى رأى البعض أن المشـــاركة تجتمع فيهــا المضـــاربة والعنــــان[3] والصــحيح أنها صــور من المشـــاركة كل بشروطهــا وقواعــدها .

رابعا — ان نسبة كبيرة من تمويل الأعمال والمشروعات فى الاقتصاد

---

(١) يرجع للمزيد فى ذلك الى أبواب الشركات فى كتب الفقه الاسلامى.

(٢) صيغ الاستثمار الاسلامية — برنامج مركز الاقتصاد الاسلامى — الموضوع الثامن عشر .

(٣) الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الاســلامية جـ ١ ص ٢٨ — الدراسة المصرية لاقامة نظام العمل بالبنوك الاسلامية والمقدمة لمؤتمر وزراء خارجية الدول الاسلامية ص ٤٩ ، د. أحمــد عبد العزيز النجار : منهج الصحوة الاسلامية ص ٥٠ ، د. شــوقى اسماعيل : البنوك الاســلامية ص ٣٣ — دار الشروق .

الاسلامى يجب بالضرورة أن تأخذ طريق المشاركة فى رأس المال حيث يسهم الممول فى أرباح وخسائر المشروع المستفيد من التمويل وفى هذا النوع من التمويل يوزع المردود توزيعا عادلا بين الممول وصاحب المشروع ويحمل الممول أيضا نصيبا من مخاطر الاستثمار بدلا من تحميل رب العمل عبء هذه المخاطر كلها[1] ...

« تأخذ المشاركة فى المجتمع الاسلامى أحد شكلين فقهيين هما المضاربة والشركة »[2] وهذا المنحى حول المشاركة يركز على الخصائص والأشكال دون الماهية المبينة لحقيقة المصرف ومن ثم الجنوح الكبير نحو التعميم فى المعنى

● **الخصائص الفنية للمشاركات[3] :**

تعريف المشاركة بأنها :

« ما وقع فيه الاشتراك بمقتضى عقد بين اثنين أو أكثر على القيام بمشروع استثمارى على وفق مقاصد الشرع الاسلامى يشتركان فيه بأموالهما أو أعمالهما أو جاههما أو بالمال من أحد الطرفين والعمل من الآخر وما ربحاه أو حصلاه من الثمر أو الزرع فبينهما على ما شرطاه ، وما غرماه فبحسب رأس المال ان كان من الجانبين أو بالمال من جانب والعمل من الآخر » .

وبناء على هذا التعريف فاننا نسوق مجموعة من الخصائص التى تحدد طبيعة عقد المشاركة كاطار له ، ومن هذه الخصائص ما يلى :

١ ـ يترتب على عقد المشاركة انشاء شخصى معنوى يتمتع بالشخصية الاعتبارية وما يترتب عليها من آثار قانونية سبق سردها .

٢ ـ ادارة المشاركة هم أعضاؤها وممثلوها وأصحاب المصلحة الفعلية فيها .

---

(١) د. محمد عمر شابرا : نحو نظام نقدى عادل ص ٩٣ من مطبوعات المعهد العالمى للفكر الاسلامى ـ سلسلة اسلامية ـ المعرفة ٣

(٢) د. محمد عمر شابرا ـ المرجع السابق ص ٩٨

(٣) انظر ما سبق ص ٩٠ وما بعدها .

٣ ــ عقود المشــاركة تقوم على التوفيــق بين مصالح واحــدة لا مصالح متعارضة ولذلك يتعين أن يكون الهدف واحد ومحدد .

٤ ــ عقود المشاركة يجوز تعديلها بالأغلبية ان وجدت أو تحققت.

٥ ــ من حيث لزوم عقد المشــاركة أو جوازه فالمســألة محــل تفصيل فى الفقه الاسلامى ، وفى القانون الوضــعى تختلف باختــلاف المشــاركة ، ففى الفقه الاسلامى يوجد مذهبان هما :

المذهب الأول : يذهب الجمهــور[١] الى أن عقــود المشــاركات عقود جائزة أى يجوز فسخها من الطرفين ، وقيــد الحنفية هذا الجواز باعتبــارين همــا :

١ ــ أن يعلم الشريك شريكه برغبته فى الفسخ منعا من تضرره .

٢ ــ أن يكون مال الشركة ناضــا أى نقــودا لا عرضــا وقت الفســخ[٢] .

المذهب الثانى : وهو المشهور عند المــالكية ــ أن عقود المشاركات عقود لازمة للطرفين تلزم بالعقد ، وقيل : تلزم بالخلط والمعتمــد هــو الأول[٣] ، واعتبرها ابن رشــد وغــيره من العقــود الجــائزة عــدا المضاربة والمســاقاة[٤] ، فالمضــاربة عقد جائز قبل الشروع فى العمل أما بعد الشروع فى العمل ففيه قولان :

الأول : أن عقــد المضــاربة عقــد جــائز ويلزم بالشروع فى العمــل[٥] .

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ٧٧ ، المهذب جـ ١ ص ٣٤٨ ، المغنى جـ ٣ ص ٥٩٥ ، بداية المجتهد لابن رشد جـ ٢ ص ٢٢٧ ــ مشــار اليــه د. عبد العزيز الغامدى المرجع السابق ص ٤٨

(٢) كشاف القناع جـ ٣ ص ٥٠٦ ، الانصــاف للمرداوى جـ ٥ ص ٤٤٩ ــ القواعد لابن رجب ص ١١٤

(٣) حاشية الدسوقى جـ ٢ ص ٣٤٨

(٤) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٢٧ ــ د. عبد العزيز الغامدى : البحث الســابق ص ٤٩

(٥) الشرح الكبير للدردير جـ ٢ ص ٤٧٨

الثانى : أن عقد المضاربة عقد جائز ولكل من المالك والعامل فسخه متى شاء لا فرق ما قبل التصرف وما بعده[1] • وذلك بعدة شروط هى :

١ ـ علم الشريك بالفسخ منعا من الضرر •
٢ ـ أن يكون رأس المال نقودا •
٣ ـ عدم الاضرار بالشركاء وبالمتعاملين مع الشركة •

جاء فى قواعد ابن رجب : « التفاسخ فى العقود الجائزة متى تضمن ضررا على أحد المتعاقدين أو غيرهما مما له تعلق بالعقد لم يجز ولم ينفذ »[2] أما عقد المساقاة فيكون لازما بمجرد العقد ، وعقد المزارعة لا يكون لازما الا بالبزر فى الأرض على الراجح عندهم ، وقيل لا تلزم الا بالشروع فى العمل ، وقيل : تلزم بالعقد[3] •

٤ ـ يشترط للفسخ ألا يبقى فى الشركة شريكان ، فاذا كان هناك شريكان فقط فان فسخ أحدهما يترتب عليه فسخ الشركة اذا لم يبق غير شريك واحد •

والقانون الوضعى على أن الشركة من العقود الملزمة للجانبين وكل من الشركاء يلتزم نحو الشركة والشركاء بالالتزامات التى تقتضيها الشركة ويفرق القانون فى حق الانسحاب بين شركات الأشخاص وشركات الأموال :

(١) فشركة التضامن اذا كانت غير مؤقتة يكون للشريك حق الانسحاب منها ويترتب على ذلك انقضاؤها الا اذا اتفق الشركاء الباقون على الاستمرار فى الشركة فيجوز لهم ذلك (مادة ٥٢٩ مدنى مصرى) •
ولا يكون الانسحاب صحيحا الا اذا توفرت فيه الشروط الآتية :
١ ـ أن تكون الشركة غير محددة المدة •

---

(١) المغنى جـ ٥ ص ٥٤ ، المهذب جـ ١ ص ٣٨٨
(٢) ق ٦٠ ، مواهب الجليل على مختصر خليل جـ ٥ ص ١٨٧
(٣) الشرح الصغير مع بلغة السالك جـ ٢ ص ١٦٥ ، ٢٢٧ ، ٢٣٧

٢ — أن يعلن الشريك رغبتـه الى باقى الشركاء فى الانسـحاب قبـل حصوله .

٣ — ألا ينطوى انسحابه على غش أو سوء نية وألا يكون فى وقت غير لائق كأن تكون الشركة فى أزمة مالية ، أما اذا كانت الشركة محددة المدة فالأصل أنه لا يجوز لأحـد من الشركاء أن ينسحب منها قبـل انتهاء مدتها .

(٢) أما شركة المساهمة فهى عقـد لازم بين أطرافه ليس لأحـد الشركاء الانسحاب منها لقيامها على الاعتبـار المـالى ويكون له أن يبيع أسهمه أو يتنازل عنها للغير وبناء على ما تقـدم يتفق القانون مع الفقه فيما يذهب اليه الجمهور فى القول بجواز الشركة اذا كانت الشركة من شركات الأشخاص غير محددة المدة .

ويتفقان أيضا فى تقييد جواز الفسخ بشروطه السابق ذكرها .

أما لزوم عقد شركة المساهمة فيمكن اعتباره على مذهب المـالكية نظرا لتعلقها فى الغالب بمشروعات ومرافق تهم مصالح الناس عامة[١] .

٦ — توقيت الشركة بمدة أو وقت معين ذهب فيه فقهاء الشريعـة مذهبين همـا :

(أ) جواز التوقيت فى كل المشاركات مضاربة أم غيرها[٢] .

(ب) عدم جواز المضـاربة وهو مذهب المـالكية والشافعية وقول للحنفية فى غير المضـاربة[٣] ، وللشـافعية تفصـيل فى المسـألة ذكره المرحوم الشيخ زكريا الأنصارى فى أسنى المطالب فقال[٤] :

---

(١) انظر د. صالح بن زابن المرزوقى — شركة المساهمة فى النظام السعودى ص ٢٥٠ مطابع الصـفا بمكة .

(٢) كشاف القناع جـ ٣ ص ٥١٢ ، شرح منتهى الارادات جـ ٢ ص ٢٣٩ ، المغنى جـ ٥ ص ٥٨ وهو مذهب الحنابلة والحنفية فى المضاربة — حاشية ابن عابدين جـ ٣ ص ٣٤١ ، البدائع جـ ٦ ص ٩٢

(٣) حاشية ابن عابدين جـ ٣ ص ٣٤١ ، الشرح الكبير للدردير جـ ٣ ص ٤٥٦

(٤) جـ ٢ ص ٣٢٨

ــ فان جـدد رب المـال للعـامل مـدة ينتهى القراض بانتهائها فلا يصح ذلك لاخلال التأقيت بمقصـود القراض وعلل ذلك بأنه قـد لا يحصـل الراغب للمـال خلال السـنة ولمخالفة هـذا القيد لمقتضى العقد لأن العقد يقتضى الاطلاق فاذا قيد كان ذلك منافيا لمقتضى العقد أما لو قارضه على منعه من الشراء لا البيع وذكر لذلك مدة كأن يقول له : « قرضتك بألف درهم لمدة سنة على أن لا تشترى بعدها » فقد صح القراض وذلك لحصول الاسترباح بالبيع الذى له فعله بعد المدة كما أن من حـق رب المـال أن يمنع العامل من الشراء متى أراد ذلك تجاه أن يتعرض له فى العقد بخلاف المنع من البيع فان فيه ضررا على العامل فلذا تفسـد المضـاربة معه ، أما لو كانت المدة التى اشترطها المضارب مجهولة غير محددة فينظر • فان شرط رب المـال لزوم القراض فى هذه المدة كان باطلا أما لو شرط فسـخه بعدها فى الشراء دون البيع ففيـه وجهان أحدهما : يجوز ، والوجه الثانى : لا يجوز لأن لجهالة المدة قسطا من الضرر وتأثيرا فى الفسـخ •

وتوقيت المضاربة يجيزها القانون المدنى العراقى فى المـادة (٦٦٣) وتوقيت الشركة بمـدة معينـة يجيزه نظـام الشركات السـعودى فى المـادة (١/١٥) ما لم يتفق الشركاء على استمرار الشركة بينهم وغيره من النظم القانونية[١] •

٧ ــ الشركة عقد محدد بمعنى أن الشريك يعرف وقت العقـد مقدار ما يعطى من رأس المـال ومقـدار ما يأخـذ من أرباح أى أن يكون الربح جزءا شـائعا معلوم القدر واحتمال الخسارة[٢] •

٨ ــ يجب أن يفرغ عقـد الشركة فى شكل محدد يتضمن بياناتها من حيث المحل وبيان الربح صراحـة أو نية اذا أطلق لفظ الشركة ولم يحدد أركان يفهم المقصـود منـه عرفا والا فلا تصح الشركة[٣] •

---

(١) الوسيط : د. السنهورى جـ ٥ ص ٣٥٤ طبعة ١٩٦٢
(٢) د. عبد العزيز الخياط : الشركات جـ ١ ص ١٨٨
(٣) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ٥٦

وينص القانون الوضعى على وجوب كتابة عقد الشركة (مادة ٥٠٧ مدنى مصرى) ولم يوجب فقهاء الشريعة الكتابة فى عقد الشركة . والقرآن الكريم يحث على الكتابة فى آية الدين واذا كانت الكتابة للتوثيق فان وسائل اثبات عقد الشركة أوسع من ذلك الا أن النظم القانونية الوضعية تشترط اجراءات معينة حتى تثبت الشخصية المعنوية للشركة التى تعتبر الميلاد الحقيقى لها ، وهذه الاجراءات من باب تنظيم المصالح الواجب مراعاتها منعا للضرر المحتمل أو الاحتمالى ومن هنا كانت الكتابة مقررة لمصلحة الغير فلا يجوز أن يتمسك الشركاء بعدم الكتابة قبل الغير وتكتسب الشركة الشخصية المعنوية بمجرد تكوينها ولكن لا يعتد بها على الغير الا بعد استيفاء اجراءات الشهر (مادة ١٣ من نظام الشركات السعودى والمادة ٢٢ من قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ المصرى) .

٩ ــ أن يكون محل المشاركة قابلا للوكالة فيه ومن ثم يشترط توافر شروط أو أهلية الوكيل والموكل[1] فى الشركاء واختلف فى المحل فى القانون الوضعى هل هو رأس المال أم الربح أم كلاهما وهو ما نرجحه وهذا الشرط يحقق ضمانا من ضمانات استثمار المال فى المشاركات ومن ثم لا يجوز أن يكون هناك نص يمنع الشريك حق العمل فى الشركه على أن نأخذ فى اعتبارنا شرط التخلية بين المال والمضارب فى المضاربة وكلام الفقهاء فيه .

١٠ ــ أن يكون الربح جزءا شائعا معلوما غير مضاف اليه مقدار معين من المال على الراجح من أقوال الفقهاء فكل ما يؤدى الى الجهالة فى الربح أو قطع الشركة قيد لا يجوز ويفسد العقد ، وعلى الرغم من ذلك الأصل الشرعى فان بعض القوانين الوضعية يجيز تعيين نصيب أحد

---

(١) انظر فتح القدير ــ شرح العناية جـ ٥ ص ٥ ، شرح الخرشى على مختصر خليل جـ ٦ ص ٣٦ ، الروضة جـ ٤ ص ٢٧٥ ، المغنى جـ ٥ ص ٤٣، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ٦٠ ، القوانين الفقهية ص ٢٤٤ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٥٤

الشركاء فى الربح أو جعله مركبا من التعيين والنسب وهو باطـل شرعا وتنص المـادة (٩) من قانون الشركات السعودى على أنه :

(أ) يتم تحديد نصيب كل شريك فى الأرباح والخسائر بنسـبة حصته فى رأس المـال اذ لم ينص عليه عقد الشركة .

(ب) اذا اقتصر العقـد على تعيين نصيب الشريك فى الربح كان نصيبه فى الخسـارة معـادلا لنصيبه فى الربح والعكس ، والنص على أن نصيب الشريك فى الخسـارة يكون معادلا لنصيبه فى الربح اذا نص عليـه فى العقد يكون باطلا شرعا اذا لم يكن على أسـاس نصيبه فى رأس المـال .

وعلى هذا النحو فان الأصل فى النظم القانونية هـو خضـوع توزيع الأرباح والخسـائر للشروط الواردة فى عقد الشركة ولو كانت على نحو ما سبق بالنسـبة للخسـائر فهو فاسد شرعا .

١١ — يشترط ألا يكون نشاط الشركة محرما شرعا أو محظورا قانونا ، وفى مقام الحرمة الشرعية لنشاط الشركة تتدخل النواهى الشرعية لتحديد المحظور فى نشـاط الشركة من أنواع البيوع والتجارة المحرمة وكافة المعـاملات المرتبطة بها ، وفى مقام المحظورات القانونية يتدخـل النظام العام والآداب وليس كل محرم شرعا يمنعه النظام العام والآداب من الناحية القانونية كما يتدخل الحظر القانونى التنظيمى مثل ما نصت عليـه المـادة الخامسة من قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ والتى تنص على أنه :

« لا يجوز أن تتولى شركات التوصية بالأسهم أو الشركات ذات المسـئولية المحدودة أعمال التأمين أو أعمال البنوك أو الادخار أو تلقى الودائع أو استثمار الأموال لحساب الغير »[1] .

---

(١) مثـل ذلك نص المـادة ١٥٩ من نظام الشركات السعودى وان كانت قد قصرت الحظر على الشركات ذات المسئولية المحدودة .

وما تنص عليــه المـــادة (١٩) من قانون البنـــوك والائتمان رقم ١٦٣ لســنة ١٩٥٧ من أنه :

« يحظر على أى فرد أو هيئة أو منشـأة غير مسجلة طبقا لأحكام هـذا القانون أن تباشر بصفة أسـاسية وعلى وجه الاعتياد أى عمـل من أعمال البنوك .... »[1] .

ويترتب على مخـالفة الحظر المذكور بطلان عقد الشركة ، ولكل شريك أن يتمسك بذلك البطلان بسبب عـدم مشروعية غرض الشركة لكى يتنصل من الالتزامات التى تعهد بها فى مواجهة الشركة ولا يكون للبطلان تأثير على التعهـدات التى أبرمت بين الشركة والغير فى الفترة السابقة لاعلان بطلان الشركة[2] .

١٢ ــ اذا لحق عقد الشركة عيب من عيــوب الرضــا كالغلط أو الاكراه أو التدليس أو نقص الأهلية فالأمر فى القانون الوضعى غيره فى الشريعة الاسلامية فالقـانون يعتبر العقـد قابلا للابطال من الشريك الناقص الأهلية أو الذى عيبت ارادته وقت التعاقد وهو ما يسمى بالبطلان النسبى فى القانون .

وفى الشريعة يعتبر العقد صحيحا نافذا ، اذ نقصـان الأهليـة فى الشريك أو تعيب رضـاه لا يؤثر فى الشركة الا حين يطلب البطـلان

---

(١) تنص المـادة ٣٨ من قانون البنوك والائتمان على انه : « يعتبر بنكا تجاريا كل منشأة تقوم بصفة معتادة بقبول ودائع تدفع عند الطلب أو بعد أجل لا يجاوز سنة » ، وكذلك المـادة ٥٢ من نفس القانون تنص على انه : « يجوز للبنك ان يقوم بضمان القروض والاستثمارات التى تعقد فى هيئات او منشآت مصرية أو اجنبية أو دولية وفقا للشروط والأوضاع التى يتفق عليها مع وزير الاقتصاد والتعاون الاقتصادى » .

(٢) انظر : الشركات التجارية د. على يونس ص ٦٨ ، وعكس ذلك د. محمد حسنى عباس اذ يرى بطلان العقود التى كانت الشركة قد تعاقدت عليها قبـل البطلان فما بنى على الباطـل فهو باطـل ما لم يكن الغير حسن النيــة اى تعاملوا مع الشركة ولم يعلموا سبب بطلانها ــ شركات الأشـخاص ص ٦٤ ــ طبعة ١٩٦٠

ولا يسرى ذلك الا على الشريك الناقص الأهلية أو الذى شـاب رضاه عيب وتلتزم الشركة بالوفاء بالتزاماتها ، والعقد الذى يشـترك فيه ناقص الأهلية يعتبر موقوفا على اجازة وليه أو وصيه ولا يجوز التصرف فى أموال الشركة حتى تتم الاجازة[1] .

والعقد الذى شابه اكراه اختلف الفقهاء فيه فهو اما موقـوف[2] أو فاسـد[3] أو باطل لأن الرضـا شرط الانعقاد[4] .

أما العقد الذى لحقه التدليس أو الغلط أو الاسـتغلال ففاسـد مسلوب اللزوم بارادة الطرف المتضرر الذى شـاب رضاه العيب ويصبح مخيرا بين الابطال والامضاء وهو الرأى الراجح عند الشافعية والمـالكية والحنـابلة[5] ، وأن عيب التدليس يخول للمدلس عليه المتضرر الحق فى تعويض الضرر مع بقاء العقد نافذا[6] .

١٣ — حصص الشركاء :

(أ) تجوز الشركة بالأثمـان المطلقـة التى لا تتعين بالتعيين فى المعاوضات لأنها أثمان المبيعات وقيم الأموال ، وأنها لا تتعين بالتعيين ، ولا تتبدل ساعة فساعة حتى تعتبر سـلعة[7] وهـذا محـل اتفاق فى الشريعة والقانون .

اشترط المـالكية اتفاق النقدين من المشتركين فى الصرف والوزن

---

(١) د. عبد العزيز الخياط : الشركات ص ٣١٨

(٢) المدخل الفقهى العـام للأستاذ الشـيخ مصطفى الزرقا جـ ١ ص ٣٧٢

(٣) الهـداية شرح بداية المبتـدى للمرغينانى طبعـة الحلبى جـ ٣ ص ٢٠١

(٤) أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد فقرة ٢٦٢

(٥) كشاف القناع جـ ٢ ص ٥٦ — نهاية المحتاج جـ ٢ ص ١٣٦

(٦) حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ١٠١

(٧) بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٦٠ — كشاف القناع جـ ٢ ص ٢٥٤

والجودة أو الرداءة مع اتحاد الجنس ومن لازم ذلك اتفاق قيمتها وذلك لئلا يلزم التفاوت فى الشركة[1] .

ولا يؤثر اختلاف سكة النقود ما دامت قيمتها واحدة أو معروفة متعينة بسعر النقد فى البلد المعقودة فيها الشركة .

ويشترط الشافعية تساوى النقدية من الدراهم والدنانير فى الجنس والصفة حتى يتحقق الخلط فى شركة العنان عندهم فلا تصح من أحد الشريكين بعملة محلية دمن الآخر بعملة أجنبية[2] .

(ب) تقديم الحصة من النقدين :

ويلزم الشريك فى القانون بدفع الحصة النقدية فى شكل دفعات فى مواعيد محددة (مادة ٥ شركات سعودى و ٢٦٦ مدنى مصرى و ٦٣ شركات أردنى) .

وفى الشريعة لا يصح عقد الشركة اذا لم تدفع الحصص النقدية عند العقد ويجيز المالكية التأجيل لوقت قريب حدده البعض بثلاثة أيام ، لأن من شروط صحة الشركة أن يكون المال حاضرا حقيقة أو حكما وقت العقد ، اذ لا يصح أن يكون رأس المال دينا ولا مالا غائبا ، لأن المقصود من الشركة الربح بواسطة التصرف ولا يمكن ذلك فى الدين ولا فى المال الغائب[3] ، وهو ما ذهب اليه جمهور الفقهاء واننى أؤيد مذهب الجمهور بالنظرة الواقعية الفاحصة التى تنبىء عن تعسر شركات كثيرة بسبب العجز بعد تأسيسها عن دفع حصص الشركاء .

---

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٣ ص ٣٤٨ — شرح الزرقانى جـ ٦ ص ٤١

(٢) روضة الطالبين جـ ٤ ص ٢٧٧ — المجموع شرح المهذب (التكملة الثانية) ١٨/٤ — د. عبد العزيز الفامدى المرجع السابق ص ١٤٣

(٣) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ٦١

ومن هنا فان رأى الجمهور أدعى الى الحرص وسد باب الذرائع اشـغل السوق المـالى بكيانات اقتصادية متعسرة منذ البداية .

(جـ) وفى القـانون تصـح الشركات بغير النقـدين من العروض والأموال المتقومة والمثليات والعقارات والعمل وحقوق الملكية الفنيـة أو الصناعية أو الأدبيـة كبراءة اختراع أو اسـما تجـاريا أو عـلامة تجارية[1] أو حقا من حقـوق المؤلف المعنـوية أو حقوق لدى الغير كالدين أو أوراق مالية أو تجارية ، والحصـة العينية فى القـانون ثلاثة أنواع هى : حق الملكية ، وحق الانتفاع ، وحق معنوى . وقد تقدم هذه الحقوق للتمليك أو الانتفاع أى تطبيق أحكام البيع فى حالة التمليـك وأحكام الاجارة اذا كانت الحصة للانتفاع .

وفى الشريعة الاسلامية ثلاثة أقوال فى صحة أن يكون رأس المـال من العروض قيميا أو مثليا أو عدديا وهذه الأقوال هى :

الأول[2] : أن الشركة لا تصح بالعروض ، ووجه هذا القول أن الشركة تتضمن معنى الوكالة ، والوكالة لا تصح فى العروض فكل شريك وكيل عن صـاحبه فى التصرف ولا يصح للانسان أن يتصرف فى عروض مملوكة له بالوكالة عن غيره فى هذا التصرف اذ الولاية له دون غيره . كما أن الشركة بالعروض تؤدى الى جهالة الربح عند القسمة ، لأن رأس المـال يكون قيمة العروض لا عينها ، والقيمة مجهولة ، لأنها لا تعرف بالحرز والظن والتخمين ... وفى حـالة ارتفاع سـعر العروض قبـل التصرف فيها وظهور الربح فيها بارتفاع السـعر فيأخذ كل شريك ربحا مما لا ملك له فيـه ولا ضـمان عليـه ، لأنها لو هلكت فى ضـمان

---

(١) الاسـم التجارى والعـلامة التجارية لم يدخلهما نظام الشركات السـعودى ضمن الحصص العينية اذ لا يجـوز فيـه اعتبار الشـهرة أو السـمعة أو النفوذ حصـة فى راس المـال (مادة ٣ شركات ، وكذلك مادة ٧٥ شركات أردنى والتقنين اللبنانى) .

(٢) قال به الحنفية والحنابلة فى المشـهور عن احمد والظاهرية — البدائع جـ ٦ ص ٦٠ — المغنى جـ ٥ ص ١٨ — المحلى جـ ٩ ص ١١٧

صـاحبها فلا يأخـذ ربح ما لم يضمن ، وكذلك اذا انخفضت الأسعار تكون الخسـار مشتركة فكيف يلزم غير المـالك بالخسران وليس عليه ضـمان[1] ، كما أن ربح ما لم يضمن حاصـل فيها لأنه اذا باع كل واحد من الشريكين رأس ماله وتفاضـل الثمنان فلا يستحق أحـدهما من الزيادة فى مال صـاحبه ربح ما لم يملك وما لم يضـمن ، بخلاف الدراهم والدنانير لأن ثمن ما يشـتريه فى ذمتـه اذ هى لا تتعين فكان ربح ما لم يضمن[2] •

الثـانى[3] : التفريق فى الحكم بين العروض القيميـة والمثليـة فالعروض القيمية لا تجوز المشـاركة بها لاختلاف القيمة وما زادت قيمته اذا انفرد صاحبه بربحه ذهب غرض الشركة واذا جعل بين الشركاء أخـذ الآخر ربح مال آخر وهذا غير جائز •

أما العروض المثلية ففيها وجهان :

الأول : عدم جواز المشـاركة به لأنه غير الأثمان

الثانى : الجواز بشرط التساوى فى الجنس والصـفة كالأثمان — أما اذا كانت الشركة مضاربة فلا تصح بالعروض من غير تفريق عندهم•

الثالث [4] : تصح المشـاركة بالعروض وتقوم بالعقـد وتجعـل قيمتها وقت العقد رأس مال للمشاركة • ولا شك عندنا فى ترجيـح القول الثالث للحاجة الداعية اليه ولعدم رجحان ما علل به المـانعون ، وتحيل بعض الفقهاء على جـواز المشاركة بالعروض بأن يبيع كل واحـد

---

(1) الشركات للشـيخ على الخفيف ص ٣٧ — د. عبـد العزيز الخياط — المرجع السابق ج ١ ص ١١٠

(2) شرح الهـداية للمرغينـانى ج ٣ ص ٥ مشـار اليـه فى د. عبد العزيز الخياط ج ١ ص ١٠٩

(3) قال به الشـافعية — المهذب ج ١ ص ٣٤٤

(4) قال به الامام احمد فى رواية عنه وطاووس والأوزاعى وحماد والمـالكية وابن ابى ليـلى — المغنى ج ٥ ص ١٧ — الانصـاف ج ٥ ص ٤١١ — شرح الزرقانى ج ٦ ص ٤٤ — وشيخ الاسلام ابن تيمية — الفتـاوى ج ٣٠ ص ٨٠

منها نصف ماله ونصف مال صاحبه حتى يصير مال كل واحد منهما نصفين وتحصل شركة ملك بينهما ثم يعقدان بعد ذلك عقد الشركة على المتاجرة بهذه العروض فتجوز .

واذا كانت الحصة حقا معنويا كبراءة اختراع فليس هناك فى الشريعة ما يمنع اذا كان الحق المعنوى مما يقوم بالمال وتعتبر قيمته حصة فى الشركة .

والحصة بالدين فى الشركة لا تجيزها الشريعة شأنها شأن المال الغائب لأن المقصود من الشركة الربح ولا يتحقق الا بالتصرف ولا يمكن التصرف فى مال غائب أو دين والقانون يجيز الحصة بالدين كما سبق بشرط قبول المدين أو تبليغه حوالة الدين الى الشركة الا اذا كان الدين ثابتا بسند تجارى أو لأمر فيقبل الدين حصته فى الشركة بمجرد التظهير أو التسليم ولا يتوقف على قبول المدين[1] .

ولا شك عندنا فى تأثير الوجهة الشرعية للاعتبارات العلمية التى تفرض الجدية فى عمل المشاركات ونشاطها .

(هـ) ويذهب رأى الى أن الاسم التجارى أو العلامة التجارية لا يصح كل منهما أن يكون حصة فى المشاركة لما فى ذلك من الغش أو المخادعة والتدليس على الناس[2] .

ولا نرى هذا الرأى لاهداره للعرف التجارى وما تعامل به الناس وبخاصة اذا كان الاسم التجارى أو العلامة التجارية سبب واضح للرواج والنشاط التجارى واقدام الناس على التعامل مع هذا الاسم التجارى دون غيره للثقة فيه لاعتبارات عملية خبرها الناس ومن

---

(١) مادة (٣/٤) من نظام الشركات السعودى ومادة (٣٠٥) مدنى سورى ـ الوجيز فى القانون التجارى د. مصطفى كمال طه جـ ١ ص ٢٦٩

(٢) شركة المساهمة فى النظام السعودى للمرزوقى ص ١١٤ ـ د. عبد العزيز الفامدى ـ البحث السابق الاشارة اليه ص ١٤٩

ثم لا يمكن اهـدار هذه القيمة كحصـة فى الشركة من الممكن أن تقوم بها الاسم التجارى أو العلامة التجارية تصبح الحصة بقيمتهما .

(و) والحصـة بالائتمان أو الثقة المالية أو النفـوذ السـياسى أو السمعة التجارية منعت القوانين الوضـعية أن يكون شىء من ذلك حصة فى رأس مال الشركة[1] وخالف فى ذلك القانون اللبنانى اذ نصت المـادتان (٨٤٩ ، ٨٥٠) على جواز أن يقوم أحـد الشركاء الثقة التى يتمتع بها حصة فى الشركة

وما ذكره فقهاء الشريعة من شركة الوجوه فقائم على أن الشريك ذو الوجاهة يعمل بنفسـه ويعتبر كل شريك فيها وكيـلا عن صـاحبه والثقة الحاصلة فى الشركاء ثقة تجارية قائمـة على البيع بالنقد والشراء بالنسـيئة وثقـة التجار فى الشركاء وهى قائمة على الوكالة والكفالة[2] وفى جوهرها تقوم أيضـا على عمـل ومع كل ذلك يرى المـالكية[3] فيهـا غـررا ولا نراه معهم ولذلك فلا تعارض بين المسـلك القانونى احترازا عن التدليس والخداع والغش فى المعاملات وما أكثر وقوعه فى أهل زماننا وبين ما قرره المجيزون لشركة الوجـوه من فقهاء الشريعـة الاسلامية من الأحناف والحنابلة والشيعة الزيدية وغيرهم .

● **اشـكال المشـاركات وأنواعها :**

على ضـوء خصائص عقـد المشاركة السابق ذكرها تتأثر حتمـا أشـكال المشاركة وتتقيد بها ، فاذا كان العقد جائزا غير لازم فلا يتصور أن تكون المشـاركة ثابتة مستمرة ، واذا كانت المشاركة أنواعا عديدة لكل نوع خصـائصه وأحكامه التى تميزه فلا يتصور أن يكون هناك عقـد واحـد للمشـاركة أو نموذج واحـد للمشـاركة وأن يصـبح قسـيم المضـاربة والمرابحة وأن تصبح صيغ الاستثمار الاسلامى هى

---

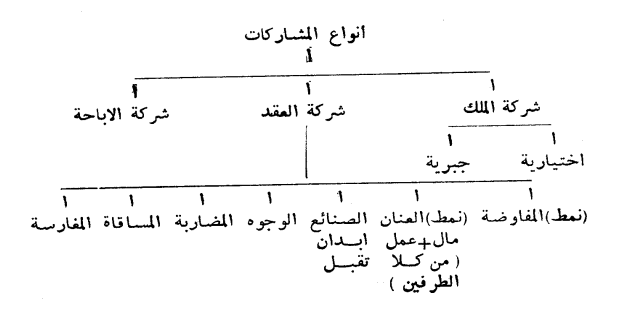
(١) مادة (٥٠٩) مدنى مصرى و (٤٧٧) مدنى سورى و (٣) شركات سـعودى .

(٢) بدائع الصـنائع جـ ٦ ص ٥٨

(٣) بداية المجتهد لابن رشد جـ ٢ ص ٢٨٠

المشـــاركة والمضاربة والمرابحة وقـد سبق بيان عدم دقـة ذلك وعلى هـذا الأسـاس فان المشاركات فى المنهج الاسلامى تتسـع لكل أنواع الشركات فى النظم والقوانين مع دراسـة تفصيلية لأحكامها وعرضـها على أحكام الشريعة الاسلامية لتنقيتها مما قد يشـوبها من مخـالفات شرعية ولا شـك أن هنـاك محاولات عديدة قـد بذلت فى هذا المجال ولكننا نراها غير كافية حتى الآن .

كمـا أن الممارسـة العمليـة يجب أن تثرى البحث العلمى ولكن ــ للأسف ــ هناك تقصير وقصور شديدين فى ذلك .



وعلى هذا الأساس تشمل المشاركات كل أنواع النشاط الاقتصادى التجارى ويناسبه نمط شركة العنان بصفة خاصة ، والصناعى ويناسـبه شركة الأبدان بصفة خاصة ، والزراعى ويناسبه شركة المساقاة والمضاربة بصفة خاصة ، والخدمى ويناسبه شركة الوجوه بصفة خاصة وهكذا فى الاستثمارات طويلة الأجل تناسبها شركة المضاربة ، والاستثمارات قصيرة الأجل تناسبها شركة المرابحة ، ويمكن تقسيم شركة العقد الى خمسـة أنواع رئيسية هى :

١ — شركة أموال .

٢ — وشركة أعمال .

٣ — وشركة وجـوه .

٤ — وشركة مضـاربة .

٥ — وشركة مرابحة .

والأولى تقوم على الاشتراك فى المـال وربحه

والثانية تقوم على الاشتراك فى أجر العمل .

والثالثة تقوم على الاشتراك فى ربح ما يشـترى بالأجل ويبـاع دون أن يكون هناك رأس مال .

والرابعة تقوم على الاشـتراك فى الربح دون رأس المـال .

والخامسة تقوم على الاشتراك فى المـال وربحه مرابحة .

٢ — الأنواع الرئيسية للاستثمار :

(أ) الاسـتثمار النوعى :

لا شك عندى أن الاستثمار النوعى من أفضل أنواع الاستثمارات التى يتعين على البنوك والمؤسسات المـالية الاسـلامية أن تبنى عليها سياستها الاستثمارية وذلك لمـا يأتى من أسـباب :

— تشكيل المتعاملين مع البنوك والمؤسسات المـالية الاسلامية : فهـذه المؤسسات يجب أن تكون عملائها تكوينا صحيحا يساعدها على خلق وعى اسـتثمارى لديها يسـاهم فى دعم النشـاط الاقتصادى لهذه المؤسسات وايجاد تنمية حقيقية فى المجتمع ، وأولى الأدوات والوسـائل وأفضلها لتحقيق ذلك هو الاستثمار النوعى الذى ينقسم الى المجالات الاقتصادية الحاكمة فى المجتمع سـواء فى النشـاط الزراعى أو التجارى أو الصناعى أو الخدمى بحسب طبيعة النشاط الاقتصادى الرائج ومدى الحاجة اليـه .

— تأمين مسـيرة النشاط الاستثمارى فى البنـوك والمؤسسـات المـالية الاسلامية باعتبار أنها تقوم بالدرجة الأولى على توظيف أموالها

فى المشروعات الاستثمارية لا فى الائتمان ابتداء فتخف الى حـد كبير مشـكلة التوفيق بين السـيولة والربحية لمواجهة أوامر الدفع وتحقيق عائد لرأس المـال فى نفس الوقت •

ـ تحقيق أعلى نسبة ربح ممكن حتى تستطيع البنوك والمؤسسات المـالية الاسلامية مواجهـة التحدى المفروض فى نظام سـعر الفـائدة المستقر والمـأمون ولا شـك أن هـذا التحـدى يفرض على هـذه المؤسسات الدخول فى أنواع من الاستثمارات قد يخشى النظام الربوى الدخول فيها من حيث طبيعتها أو مدتها بحكم حاجة هـذا النظام الربوى الى مواجهة أوامر وطلبات الدفع المتوقعة فى كل لحظة من اللحظات ولا شك أن هـذا التحـدى المفروض على المؤسسات الاسـلامية يوجب توفير الدراسات الاقتصادية الجادة والمتخصصة طبقا لأحدث معطيات الفكر الانسـانى لمشروعات الاستثمارات النوعية •

ـ ان الاستثمارات النوعية المتخصصة تسـاعد كثيرا على ايجاد أسس محاسـبية وادارية متميزة ودقيقة تخدم الممارسات الاقتصادية الاسلامية وتعين على تطبيق مبادىء وأصول الاقتصاد الاسلامى

ـ الاستثمارات النوعية كسياسة يقوم عليها النشـاط الاستثمارى فى البنوك والمؤسسات المـالية الاسلامية تساعدها دائما على تطـوير نفسـها اداريا وفنيا كمـا تسـاعدها على ايجـاد نوع من التكامل والتعاون فيما بينها بما يخدم حركة التعامل فيما بينها كما وكيفا ومن ثم يؤمنها المخاطر المتوقعة أو غير المنظورة فى مسـيرتها الاقتصـادية نحو التوسع والانتشار والقوة •

ـ والاستثمارات النوعيـة تتيح للبنـوك والمؤسسـات المـاليه الاسلامية تنويع استثماراتها فى التجارة الداخلية والدولية على السـواء ومن ثم فى السوق المحلية والعالمية ، كما تختلف آجالها باختلاف نوعية وطبيعـة النشـاط المثمرة فيـه وقد يعطى ذلك الفرصـة لنوع من التخصص أو تقسيم العمل الدولى ومن ثم التعـاون والتكامل فى نشاط تلك المؤسسـات على المسـتوى العالمى وهو المطلب الملح والهام فى ظل

المتغيرات الاقتصادية العالمية المعاصرة التى تفرض على تلك المؤسسات الخروج من عزلتها عن التعاون فيما بينها من ناحية ومن عزلتها عن الاقتصاد العالمى من ناحية أخرى .

— والاستثمار النوعى على النحو السابق وما قد يستتبعه من تخصص وتقسيم للعمل بين المؤسسات المالية الاسلامية يمكن وبقوة من فتح أسواق جديدة وشاسعة لم تكن متاحة من قبل ولا شك أن ذلك يعكس أثره على البيئة التجارية فى المنطقة العربية على وجه الخصوص بما يمهد لسوق عربية مشتركة .

— ومن المفيد والجديد أن تحتوى صكوك الاستثمارات النوعية على أهم البيانات والمعلومات الخاصة بتلك الاستثمارات بما يبث الثقة والطمأنينة ويزيل اللبس ويقضى على المعميات فى النشاط الاستثمارى الاسلامى بالدرجة الأولى .

(ب) الاستثمار التجارى المباشر أو المتاجرة :

وهذا النوع من النشاط التجارى المباشر تحكمه مجموعة من المحددات منها :

— تنظيم مالى وادارى على درجة عالية من الدقة والتقنية .
— نظام رقابة فعال وحاسم .
— مهارة فى الأداء وخبرة عملية وتدريب مستمر .
— دراسة دائمة ومتجددة لمؤشرات السوق المتغيرة

اذا تحقق هذا الحد الأدنى من المحددات المطلوبة لمباشرة النشاط التجارى المباشر استطاعت المؤسسات المالية الاسلامية أن تكسر معضلة المصارف والبنوك الربوية المتمثلة فى مشكلة « السيولة والربحية » ومن هنا كان هذا من أهم التحديات المفروضة على المؤسسات المالية الاسلامية وبخاصة اذا واجهت فى لحظة من اللحظات مشكلة أوامر الدفع أو السحب ، أو عزفت عنها الودائع فى فترة من الفترات .
وهذا النوع من النشاط الاستثمارى التجارى المباشر قد يسعف

كثيرا فى أوقات الأزمات المالية والاقتصادية وان كانت أعباؤه الادارية والرقابية يجب أن تكون محل اعتبار كبير حتى يؤتى أكله المرجوة .

٣ — صيغ جديدة للاستثمار :

لقد بات من المتعين خلق أدوات وأوعية استثمارية جديدة تعالج الاختناقات العملية وتغطى قطاعات جديدة وتلبى حاجات ملحة وهو ما يجب أن تعكف عليه وباستمرار أقسام متخصصة .

وعلى سبيل المثال فهناك صيغة :

(أ) شبه المضاربة :

من الجائز فى شركة الأموال التى يكون رأسمالها مشتركا بين الشريكين اشتراط عمل الشريكين وتكون الشركة صحيحة[١] ، والعمل يكون متقوما بالتقويم أى يتقوم بتعيين القيمة[٢] . أما اذا كان الشرط خاصا بعمل أحد الشريكين وحده فان هذا الشريك يكون مستحقا لحصة من الربح مقابل رأسماله وحصة أخرى زائدة مقابل عمله الا أنه لما كان رأس مال شريكه فى يده فى حكم « مال المضاربة » كانت الشركة « شبه المضاربة »[٣] .

ووجه الشبه بالمضاربة فى هذه الحالة أن مدارها على العمل من الشريك المشروط عمله فى عقد الشركة وأنه يستحق الحصة الزائدة من الربح مقابل هذا العمل لمهارته فيه مثلا أو خبرته الا أن هذه الحالة تخرج عن كونها مضاربة بالكلية لكون هذا الشريك صاحب رأس مال فى الشركة .

---

(١) انظر بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٥٤٦ — ط . دار الكتاب العربى ببيروت سنة ١٤٠٢ هـ (١٩٨٢ م) — حاشية المقنع ج ٢ ص ١٦٣ لابن أبى الفتح البعلى — ط ١ — المكتب الاسلامى للطباعة والنشر — دمشق سنة ١٣٨٥ هـ (١٩٦٥ م) .

(٢) ومن الجائز أن يكون عمل شخص اكثر قيمة بالنسبة الى عمل شخص آخر وقد يتمثل ذلك فى حصة زائدة من الربح اذ يجوز ان يكون احد الشريكين أمهر من الآخر فى الأخذ والاعطاء وعمله أنفع وأزيد .

(٣) انظر المادة (١٣٧١) من مجلة الأحكام العدلية .

وهذا النموذج أو هـذه الصيغة الاستثمارية تحقق الأهداف الآتيـة :

— استقطاب أصحاب الخبرات والمهارات العملية فى نوع معين من أنواع النشـاط .

— ان هذا النوع من العملاء يحقق مصلحته باشتراط العمل مقابل حصـة زائدة من الربح[1] لحذاقته فى عمله ، ومن ثم لا يكون عزوفا عن مشـاركة المصرف الاسلامى فى هذه الحالة .

— ان هذه الصيغة تحقق مصلحة المصرف الاسلامى أيضـا من ناحيتين :

— مهارة وخبرة القائم بالعمل وحذاقته فيه .

— توافر نوع من الضـمان لرأس مال المصرف الاسـلامى اذ أن شريكه صاحب رأس مال فى المشروع أو النشـاط فضـلا عن اشرافه ومعونته الدائمة .

(ب) الاجـارة المضـافة :

الاجارة المضـافة الى زمن معين مستقبل معتبرة من ذلك الوقت المستقبل ومن ثم فهى صحيحة وملزمة من وقت العقد[2] أى قبل حلول وقتها فليس لأحد العاقدين فسخها قبل ذلك ما لم يحـدث سبب مانع لاجراء موجب العقد فتنفسـخ الاجارة .

ولـما كان المعقود عليـه فى الاجارة أى محلها هو المنفعة فقـد تكون هـذه المنفعة متحصلة من العمل أو منافع الأعيان والأشياء كالعقار والعروض بما تشـتمل عليه من الآلات والمعدات والأدوات وغيرها .

---

(١) امـا اذا كان العمـل مشروطا على الشريك الذى حصـته من الربح قليـلة فالشرط غير جائز اذ أن الحصـة الزائدة من الربح للشريك الآخر تكون بغير مقابل من مال أو عمل أو ضـمان ومن ثم يكون أخـذا للمال بغير حق أو بالباطل فلا يجوز . ويكون تقسـيم الربح فى هـذه الحالة على أسـاس مقدار راس مال كل شريك فهو الأعدل .

(٢) انظر مادة (٦٧٢) من القانون المدنى الأردنى .

ويشترط لصحة الاجارة معلومية المنفعة النافية للمنازعة كتعيينها وبيان مدة الاجارة وبكل ما يؤدى الى معلوميتها ومن ثم يشترط أن تكون المنفعة مقدورة الاستيفاء ، كما يشترط لصحة الاجارة معلومية الأجرة كتعيين مقدارها أو وصفها ان كانت من العروض أو المكيلات أو الموزونات أو العدديات المتقاربة[1] ، ويجوز أن يكون بدل الايجار عينا أو دينا أو منفعة وكل ما صلح ثمنا فى البيع[2] • ولا تلزم الأجرة بمجرد العقد وانما باستيفاء أو تحصيل المنفعة أو بالقدرة على استيفائها ما لم يشترط تعجيل أدائها وقت العقد وكذلك يجوز اشتراط تأجيل أدائها ولو بعد تحصيل المنفعة ومن ثم لا تلزم الأجرة الا بعد انقضاء المدة التى شرطت • ويجوز كذلك تقسيط الأجرة فى أوقات معينة •

وما قصدناه هو ابراز نوع خاص من الاجارة هو الاجارة المضافة الى وقت مستقبل مع لزومها وقت العقد وهذه الصيغة قد يستفاد بها فى التعامل على منافع الأعيان من العروض فى الأسواق الآجلة وذلك مع الالتزام بالضوابط الفقهية للمنفعة والأجرة أو بدل الاجارة على وجه الخصوص كما تقدم •

(ج) صناديق الاستثمار المشتركة :

لقد أصبحت صناديق الاستثمار المشتركة التى تساهم فيها أكثر من مؤسسة مالية اسلامية ضرورة ملحة فى ظل المتغيرات والتكتلات الاقتصادية المعاصرة وذلك لتحقيق عدة أهداف حيوية منها :

- خلق سوق تجارية متميزة •
- خلق سوق مالية •
- ايجاد نوع من الضمان الأخير لتأمين مسيرة النشاط الاستثمارى والمصرفى فى المصارف والمؤسسات المالية الاسلامية •

* * *

---

(١) هى المعدودات التى لا يكون بين آحادها تفاوت فى القيمة فجميعها من المثليات .

(٢) انظر المادة (٥٦١) من القانون المدنى المصرى .

ألواح الضوابط الفقهية لبيع المرابحة

١ ــ المرابحــة هى :

بيع ما ملكه البائع بالعقد الأول بالثمن الذى قامت به السلعة مع زيادة ربح معلوم يتفقان عليه فى مجلس العقد .

٢ ــ يشترط لصحة المرابحة :

(١) أن يعلم المشترى الثانى حين العقد بثمن السلعة الأول الذى اشتراها به البائع مرابحة ولذلك تعرف بأنها بيع بمثل الثمن الأول ، وكذلك تفصيل ما يضاف الى الثمن على ما جرى به العرف التجارى فى عادة التجار والا وقعت الجهالة فى الثمن وهى مفسدة للعقد ومثار النزاع والخلاف.

(٢) أن يكون الربح معلوما متفقا عليه من غير غبن ولا استغلال :

(أ) وقد حدد محمد بن الحسن الغبن بنصف عشر القيمة الحقيقية للمعقود عليه .

(ب) وذهب الجصاص الى أنه يختلف باختلاف المعقود عليه :

ــ ففى العروض أكثر من نصف عشر القيمة الحقيقية .

ــ وفى الحيوان العشر .

ــ وفى العقــار الخمس .

(جـ) الحطاب حدده : بالثلث فأكثر أو بالسدس فأكثر .

(٣) ألا يكون الثمن فى العقد الأول مقابلا بجنسه من أموال الربــا كمن اشترى قمحا بقمح أو ذهبا بذهب فلا يجوز له البيع بجنسه مرابحة لأن الزيادة تكون ربا فى هذه الحالة .

(٤) أن يكون العقد الأول صحيحا .

٣ ــ المرابحة نوع من أنواع البيوع التجارية التى تهدف الى تحقيق ربح ، ولا يصح أن تكون أداة تمويل فقط يتحايل بها على دفع قليل فى كثير أو الأكثر من الثمن للأبعد من الأجل •

٤ ــ المشترى مرابحة يعتريه أمانة واسترسال ولا يؤمن فيها هوى النفس فى نوع تأويل أو غلط •

٥ ــ تحتاج المرابحة الى كثرة بيان فيما يتعلق بالثمن وما قامت بــه السلعة وما يطرأ على ذلك من تغير بفعل البائع أو لظروف السوق ومــا قد يطرأ على السلعة من تغير وصفته ، وكل ذلك يفرض على البائع معرفة كافية بأحوال السوق ومعرفة تامة بأحوال الناس مع توفر امكانيات ذلك فضلا عن ضرورة توفر أسلوب الادارة العلمى والهيكل التنظيمى السليم•

٦ ــ الكذب والخيانة فى المرابحة يرتب الخيار للمشترى على مــا نرجحه من أقوال الفقهاء •

٧ ــ المرابحة باعتبــارها تجــارة تجــوز فى العروض والحيوانات والزروع والثمار والعقــار مع الأخذ فى الاعتبــار الصعوبات الادارية والاجرائية التى تكتنف التعامل فى العقارات •

٨ ــ المرابحة تجوز فى السلع الحاضرة وفى السلع الغائبة على الصفة بعد دخولها واستقرارها فى ملكية البائع مرابحة ، وحيازته لها اذا كانت الســلعة طعاما •

٩ ــ يجوز التعليق على شرط جائز كى تتم عملية المرابحة ، كما يجوز أن يكون الالزام والالتزام شرط ، على ما نرجحه من الأقوال ، بلا تداخل فى عمليات المرابحة يؤدى الى الشبهة وافساد البيع •

١٠ ــ يجوز للبائع مرابحة أن يشترط على المشترى عدم الرجوع عليه بأية تعويضات عن العيوب الخفية والأولى خلافه •

١١ ــ المواعدة بين طالب الشراء والبنك وان كانت فى نظرنا نوع عقد معلق على شرط الا أنها ليست بيعا ولا شراء ومن ثم لا تختلط بعقد

بيع المرابحة ، والقول بغير ذلك يؤدى الى بطـلان البيع للمواطأة بين الطرفين على البيع قبل وجوب السلعة للمأمور كما يقول ابن رشد •

١٢ ــ أذا اتفق طرفا العقد على الثمن وتراضيا عليه فى المجلس جاز أن يكون آداء الثمن مقسطا وتم البيع صحيحا نافذا ، ولا مانع شرعا من الزيادة فى الثمن اذا كان الدفع على أقساط ولا مانع أيضـا من اختلاف الثمن باختلاف الأجل •

١٣ ــ العلم بالثمن الذى قامت به السلعة حين العقد يشتمل على :

(١) ما جرى العرف بالحاقه برأس المـال فى عادة التجار وكل ما يزيد فى المبيع أو فى قيمته •

(٢) ما يحسب فى أصل الثمن ويربح له (مثل مصاريف التسويق):

ما لزم السلعة ــ أى ما غرمه فيها ــ وكان لأثره عين قائمة مشاهدة بحاسة البصر كالخياطة والصباغة والقصارة والفتل •

(٣) ما يحسب فى أصل الثمن ولا ربح له :

ما ليس لأثره عين قائمة ككراء نقل المتاع وشـد اعتيد أجرتهما (مصاريف ثابتة بمناسبة السلعة وغيرها) •

(٤) ما لا يحسب فى أصـل الثمن ولا ربح له (مثل المصـاريف الادارية) :

ما كان من عمل البائع نفسه ــ أى جرت العادة بأن يتولاه بنفسه ــ ما لم يكن الفعل لأثره عين قائمة كأجرة السمسار اذا لم يعتد بأن كان من الناس من يتولى الشراء بنفسه دونه •

١٤ ــ الاعتمادات بطبيعتها أداة تمويل عمليات تجارية مستقلة عن البيوع أو العقود الأخرى التى تستند عليها ، والتى لا تعنى المصـارف بأية صورة ، كما أن المصارف لا تلتزم بهذه العقود ، والبنك الاسلامى

يؤدى الدورين (فتح الاعتماد ــ عقد البيع) بصعوبة كبيرة أو فى ظل منــاخ غير ملائم أو على نحو محفوف بالمخاطر والشبهات

١٥ ــ المرابحة ليست صورة من صور الوساطة التى يقوم فيهــا المصرف بأعمال الائتمان التجارى .

١٦ ــ يلتزم العميل بمجرد فتح الاعتماد أن يدفع للبنــك الفوائد والعمولة المتفق عليها قبل تنفيذ الاعتماد وذلك فى عمليات البنوك الربوية.

١٧ ــ للبنك على سبيل الضمان حق حبس المســتندات وتسـلم البضاعة بمقتضاها كدائن مرتهن رهنا حيازيا ، وفى الحالات التى تكون فيها المستندات غير قابلة للتداول قد يشترط البنك أن تصــدر باســمه حفاظا لحقه فى الرهن .

١٨ ــ يجوز رهن المبيع بعد البيع على ثمنه وغيره ، وذلك عنــد بائعه وغيره اذ الرهن بعد لزوم البيع صحته أولى ، لأنه يصح رهنه عند غير بائعه فصــح عنده كغيره ، لأنه يصح رهنــه على غير ثمنه فصح رهنــه على ثمنه .

١٩ ــ لا يستطيع البنــك الفاتح للاعتماد الامتناع عن دفع الثمن للبائع حتى ولو أفلس العميل وذلك فى عمليات البنوك الربوية .

٢٠ ــ يجوز نظام الاعتمادات المستندية اذا تطهر من الربا وشبهاته وبخاصة قاعدة « كل قرض ــ أو كل سلف ــ جر منفعة فهو ربا » .

٢١ ــ لا يجوز للبنك فى نظام الاعتماد المستندى أن :

(١) يفترض أن تصرفه مع البائع الأول كمشترى لأنــه لا يملك الخيار فى الشىء .

(٢) ولا أن يفترض أن تصرفه مع الآمر كبائع لأنه لا يتحمل تبعة الهلاك ولا تبعة العيوب الخفية ولا اشتراط البراءة منها ولا خيار الرد بالعيب ، واذا جاز له ذلك ، فكيف يوفق بينه وبين التزاماته المــالية قبل المورد ؟

(٣) ولا أن يفترض أن الشاحن كوكيل فى البيع والشراء لأنه ناقل فقط والوكالة لا تفترض ، كما لا يجوز للوكيل أن يمثل مصالح متعارضة فمصلحة البائع تتعارض مع مصلحة المشترى فى البيع والشراء وكذلك فالوكيل أمين لا يضمن شرعا الا اذا قصر والشـــاحن مســئول فى حالة الاهمال وان كان غير مقصود •

٢٢ ــ التعامل فى بيع المرابحة انما يكون من قوم نصبوا أنفسهم للتجارة والبيع والشراء الصحيح شرعا وليس من قوم نصبوا أنفسهم للتحايل على دفع قليل فى كثير باستعانة البائع بالمشترى على تحصـــيل مقصده من دفع قليل ليأخذ عنه الكثير •

٢٣ ــ نهى الشرع عن بيع ما ليس عند البائع وقاية من كل نزاع وغرر وجهاله :

ــ يراد به بيع ما لا يقدر على تسليمه وان كان فى الذمة ، فيكون قد ضمن له شيئا لا يدرى هل يحصل أو لا يحصل (رأى شيخ الاسلام ابن تيمية ــ وفيه تشدد) •

ــ يراد به ما ليس ثابتا فى ذمة المشترى أو فى يـــده ومن ثم غير مضمون عليه (رأى ابن القيم ــ تهذيب سنن أبى داود) •

٢٣ م ــ نهى الشرع عن بيع ما لم يقبض على ما يراه جمهـــور الفقهاء اذ أن ملكه عليه غير مستقر لأنه ربما هلك فانفسخ العقد

٢٤ ــ نهى الشرع عن ربح ما لم يضمن تطهيرا للمال من السحت وأكل الأموال بالباطل وأسباب استحقاق الربح ثلاثة : المـــال ــ العمل ــ الضـــمان •

٢٥ ــ نهى الشرع عن سلف وبيع تطهيرا للمـــال ووضعه موضعه الصحيح من الانتاج السليم القادر على الاستمرار •

٢٦ ــ تجوز شركة المرابحة لتخفيف المخاطر وتقليل الأعباء التمويلية والمشاركة فى الربح •

٢٧ — يجوز أن تتحول المرابحة الى مشاركة بمقدار ما للبـائع فقط من رأس مال متأخر وكان ذلك يؤدى الى ترويج أفضل للسـلعة أو خشية تعسر المشترى .

٢٨ — المدين غير المـلىء ذو الوجاهة أو الصنعة والحرفة يجب أن يحافظ عليه البنك الاسـلامى .

٢٩ — المدين المعسر ينظر الى ميسرة ويعطى من حساب الغارمين اذا لزم ذلك لاقالته من عسرته .

٣٠ — ارتباط غرامة التأخير بتأخر المدين فقط فى الوفاء بالالتزام النقدى ولو كان على سبيل التعويض يعتبر ربا صريح طبقا للمادة (٢٢٦) مدنى مصرى ، أما ارتباطه بالضرر يقيله من هذا التحريم وهو ما لا تطلب المـادة (٢٢٨) مدنى أن يثبته الدائن لاستحقاق فوائد التأخير طبقـا للقـانون .

٣١ — ارتباط الضرر بالخسارة التى لحقت بالبنك وليس بما فاته من كسب أو ربح لأنه ربما لم تكن أمواله كلها فى التشغيل الفعلى فضلا عن أنهـا قد تكون فى حالة تشغيل ولا تحقق ربحا .

٣٢ — أيضا لو ارتبطت غرامة التأخير بالاتفاق فقط دون الضرر كان ربا ، وعلى هذا النحو فان ارتباط التعويض بالتأخير فى الوفـاء أو بالاتفـاق فقط دون الضرر كلاهما من الربا الصريح قانونا طبقـا للمادة ٢٢٦ مدنى مصرى .

٣٣ — لا بد أن يثبت البنك الضرر الذى لحقه من مماطلة المدين الموسر أو الغنى من التأخير فى الوفاء .

٣٤ — شتان بين فوائد التـأخير عن الوفاء وعقوبة المدين الغنى المماطل التى تأخذ شكل غرامة مالية ، فالأولى يكفى لاستحقاقها مجرد التأخير فى الوفاء بالالتزام النقدى ، والثانية يشترط لاستحقاقها اثبات : يســار المدين ومماطلته والضرر الذى لحـق الدائن من جراء مماطلة المدين ومن هنا كان رهن السلعة المبيعة أولى فعلا .

٣٥ ـ اذا قاضى العميل البنك بموجب عقد المرابحة اذا حصل البنك غرامة تأخير ، يحكم لصالحه وفقا لأحكام الشريعة الاسلامية وأحكام المـادة (١٦٣) مدنى مصرى •

٣٦ ـ صورية عقد المرابحة تخرجها عن كونها تجارة عن تراضى

٣٧ ـ لا يجوز ارهاق العميل بالضمانات ويكفى أحيانا الضمانات الشخصية ويتحمل البنك الاسلامى دوره ومسئوليته فى ذلك •

٣٨ ـ المدين الملىء المماطل ظالم يستوجب التشهير والعقوبة •

٣٩ ـ المرابحة يمتزج فيها الجانب العقائدى والاقتصادى والأخلاقى والاجتماعى والتربوى والسلوكى •

٤٠ ـ المشاركة بصورها العديدة أولى عندى من المرابحة لما فى الأخيرة من مخاطرة طبقا لقول الشافعى : « وخطر وغرر » ، « ولا يؤمن فيها هوى النفس » طبقا لقول الامام أحمد •

* * *

فهرس المراجــــع

أولا – المعاجم اللغــوية :

١ – مختار الصحاح للجوهرى – الطبعة الثالثة – سنة ١٤٠٤ هـ (١٩٨٤ م) . بتحقيق الأســتاذ أحمد عبد الغفور عطــار – دار العلم للملايين – بيروت .

٢ – لسان العرب لابن منظور – اعداد وتصنيف يوسف خياط .

٣ – المنجد للأب لويس المعلوف – الطبعة الخامسة – المطبعــة الكاثوليكية – بيروت .

٤ – المصباح المنير للفيــومى – مطبعة مصطفى البــابى الحلبى بمصر .

٥ – القاموس المحيط للفيروز آبادى – دار الجيل – بيروت .

٦ – المعجم الوسيط – تأليف لجنة من اللغويين العرب – أصدره مجمع اللغة العربيــة .

ثانيا – كتب التفســير :

٧ – أحكام القرآن للقرطبى – تحقيــق عبد الغنى عبد الخــالق طبع دار الكتب العلمية – بيروت سنة ١٣٩٢ هـ .

٨ – أحكام القرآن لابن العربى – الطبعة الثــانية – ١٣٨٧ هـ (١٩٦٧ م) – مطبعة عيسى الحلبى وشركاه بمصر .

٩ – تفسير أبى السعود – دار احياء التراث العربى – بيروت .

١٠ – الجــامع لأحكام القرآن للقرطبى – الطبعــة الثــالثة – دار الكتاب العربى للطباعة والنشر سنة ١٣٨٧ هـ (١٩٦٧ م) .

ثالثا – كتب الحديث وعلومه :

١١ – صحيح البخارى – دار الطباعة العامرة باسطنبول – دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع – بيروت .

١٢ ــ فتح البارى شرح صحيح البخارى لابن حجر العسقلانى بتحقيق الشيخ عبد العزيز بن باز ومحمد فؤاد عبد الباقى ومحب الدين الخطيب ــ طبع سنة ١٣٨٠ هـ ــ المطبعة السلفية ومكتبتها •

١٣ ــ صحيح مسلم بشرح النووى ــ الطبعة الثانية ١٣٩٢ هـ ــ (١٩٧٢ م) ــ دار الفكر ــ بيروت •

١٤ ــ نيل الأوطار للشوكانى ــ الطبعة الثالثة ــ مطبعة مصطفى الحلبى بمصر •

١٥ ــ سبل السلام للصنعانى ــ مطبعة المشهد الحسينى بالقاهرة •

١٦ ــ المعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوى ــ رتبه ونظمه لفيف من المستشرقين ــ ونشره : د• أ• ى ونسنك أستاذ العربية بجامعة ليدن ــ مكتبة بريل بمدينة ليدن من ١٩٣٦ ــ ١٩٦٩ م •

رابعا ــ كتب اصول الفقه والقواعد الفقهية :

١٧ ــ القواعد لابن رجب ــ الطبعة الأولى ــ ١٣٩١ هـ (١٩٧١ م) ــ مكتبة الكليات الأزهرية •

١٨ ــ الأشباه والنظائر لابن نجيم ــ بتحقيق عبد العزيز الوكيل ــ ط• مؤسسة الحلبى وشركاه سنة ١٣٨٧ هـ (١٩٦٨ م) •

١٩ ــ القواعد للعلامة الحلى وهو متن مفتاح الكرامة للعاملى ــ مطبعة الشورى بمصر سنة ١٣٢٦ هـ •

٢٠ ــ المنثور فى القواعد للزركشى ــ تحقيق تيسير فائق أحمد محمود ــ ط • مؤسسة الخليج للطباعة والنشر بالكويت سنة ١٤٠٢ هـ (١٩٨٢ م) •

٢١ ــ الأشباه والنظائر للسيوطى ــ طبع دار احياء الكتب العربية•

٢٢ ــ القواعد الفقهية لعلى أحمد الندوى ــ ط• دار العلم بدمشق •

٢٣ ـ كشف الأسرار على أصول البزدوى لعبد العزيز البخارى طبعة سنة ١٣٠٧ هـ .

٢٤ ـ أخبار القضاة لوكيع بن حيان ـ ط. عالم الكتب ـ بيروت.

٢٥ ـ التلويح على التوضيح للتفتازانى ـ طبع القاهرة .

٢٦ ـ التوضيح للمحبونى صدر الشريعة الثانى ـ تحقيق د. محمد حسن هيتو ـ ط. مؤسسة الرسالة ـ سنة ١٤٠١ هـ .

٢٧ ـ أصــول السرخسى ـ تحقيق أبو الوفاء الأفغانى ـ دار المعرفة والطباعة ـ بيروت سنة ١٣٩٢ هـ (١٩٧٢ م) .

٢٨ ـ قواعد الأحكام فى مصالح الأنام لعز الدين بن عبد السلام ـ دار الكتب العلمية ـ بيروت .

٢٩ ـ الموافقات فى أصول الشريعة للشــاطبى ـ تحقيق عبد الله دراز ـ دار المعرفة ـ بيروت .

٣٠ ـ أصول الفقه للشيخ محمد أبو النور زهير ـ دار الاتحاد العربى للطباعة والنشر بالقاهرة .

٣١ ـ القواعد والفوائد الأصولية : لأبى الحسن علاء الدين بن على ابن عباس البعلى ـ تحقيق محمد حامد الفقى ـ مطبعة السنة المحمدية بمصر ـ دار الكتب العلمية ـ بيروت ـ سنة ١٤٠٣ هـ (١٩٨٣ م) .

خامسا .- كتب الفقــه الحنفى :

٣٢ ـ بدائع الصنائع للكاســانى ـ ط . دار الكتاب العربى ـ بيروت .

٣٣ ـ المبســوط للسرخسى ـ الطبعة الأولى ـ مطبعة السعادة بمصر .

٣٤ ـ شرح فتح القـدير للكمـال بن الهمـام ـ الطبعة الأولى سـنة ١٣٨٩ هـ (١٩٧٠ م) ـ شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البـابى الحلبى بمصر .

٣٥ ـ حاشية ابن عابدين ـ ط ٢ ـ مطبعة مصطفى الحلبى بمصر .

٣٦ ـ الهداية شرح بداية المبتدى للميرغينانى ـ الطبعة الأولى ـ مطبعة مصطفى الحلبى بمصر .

٣٧ ـ البحر الرائق لابن نجيم المصرى ـ طبع شركة دار الكتب العربية الكبرى بمصر سنة ١٣٣٣ هـ .

٣٨ ـ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعى ـ المطبعة الأميرية الكبرى ـ بولاق ـ سنة ١٣١٣ هـ .

سادسا ـ كتب الفقـه المـالكى :

٣٩ ـ مواهب الجليل للحطاب ـ الطبعة الأولى ـ سنة ١٣٢٩ هـ .

٤٠ ـ حاشية الدسوقى على الشرح الكبير للدردير ـ دار الفكر ـ بيروت .

٤١ ـ المنتقى شرح الموطأ للباجى ـ طبعـة دار الفكر العربى ـ بيروت .

٤٢ ـ شرح الزرقانى لمختصر خليل ـ طبـع المطبعة البهية بمصر سنة ١٣٠٧ هـ .

٤٣ ـ الشرح الصغير للدردير ـ الطبعة الثالثة ـ بولاق مصر .

٤٤ ـ المدونة الكبرى للامام سحنون ـ الطبعة الأولى ـ المطبعـة الخيرية ، مطبعة السعادة بمصر سنة ١٣٢٣ هـ .

٤٥ ـ بداية المجتهد لابن رشد ـ المكتبة التجارية الكبرى بمصر .

٤٦ ـ الشرح الصغير مع بلغة السالك ـ المكتبة التجارية الكبرى بمصر ـ توزيع دار الفكر ـ بيروت .

٤٧ ــ شرح الخرشى على مختصر خليل ــ الطبعة الثانية ــ المطبعة الكبرى الأميرية بمصر سنة ١٣١٧ هـ •

٤٨ ــ القوانين الفقهية لابن جزىء ــ الطبعة الأولى ــ دار القلم بيروت •

٤٩ ــ بلغة السالك لأقرب المسالك للصاوى ــ المكتبة التجارية الكبرى ــ توزيع دار الفكر ــ بيروت •

سابعا ــ كتب الفقه الشافعى :

٥٠ ــ الأم للشافعى ــ دار الشعب بالقاهرة ــ طبعة سنة ١٣٨٨ هـ (١٩٦٨ م) •

٥١ ــ نهاية المحتاج شرح المنهاج للرملى ــ طبع مصطفى الحلبى سنة ١٣٥٧ هـ •

٥٢ ــ مغنى المحتاج للشربينى الخطيب ــ طبع شركة ومكتبة مصطفى البابى الحلبى بمصر سنة ١٣٧٧ هـ (١٩٥٨ م) •

٥٣ ــ المهذب للشيرازى ــ طبع عيسى البابى الحلبى وشركاه بمصر •

٥٤ ــ روضة الطالبين للنووى ــ الطبعة الأولى ــ المكتب الاسلامى للطباعة والنشر ــ بيروت •

٥٥ ــ تحفة المحتاج شرح المنهاج للشربينى ــ طبع مصطفى الحلبى بمصر سنة ١٣٧٧ هـ •

٥٦ ــ أسنى المطالب شرح روضة الطالب للشيخ زكريا الأنصارى ــ طبع الميمنية بمصر •

٥٧ ــ فتح العزيز شرح الوجيز لأبى القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعى ــ طبع الآداب والمؤيد بالقاهرة سنة ١٣١٧ هـ •

ثامنا ـ كتب الفقه الحنبلى :

٥٨ ـ حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع للشيخ منصور البهوتى ـ طبعة مكتبة الرياض الحديثة .

٥٩ ـ حاشية الشيخ عبد العزيز العنقرى على حاشية الروض المربع طبع مكتبة الرياض الحديثة .

٦٠ ـ الشرح الكبير لابن قدامة ـ طبع جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية .

٦١ ـ قاعدة العقود لشيخ الاسلام ابن تيمية ـ طبع أنصار السنة المحمدية .

٦٢ ـ مجموعة فتاوى شيخ الاسلام ابن تيمية ـ جمع وترتيب الشيخ عبد الرحمن بن قاسم وابنه ـ مكتبة النهضة الحديثة بمكة المكرمة ـ مطبعة ادارة المساحة العسكرية بالقاهرة سنة ١٤٠٤ هـ .

٦٣ ـ اعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ـ طبعة سنة ١٣٨٨ هـ (١٩٦٨ م) ـ مطبعة النهضة الجديدة بالقاهرة ـ نشر مكتبة الكليات الأزهرية .

٦٤ ـ جامع العلوم والحكم لابن رجب ـ دار المعرفة ـ بيروت .

٦٥ ـ الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية لابن قيم الجوزية ـ مطبعة المؤيد والآداب بمصر سنة ١٣١٧ هـ .

٦٦ ـ الانصاف للمرداوى ـ تحقيق محمد حامد الفقى ـ طبع السنة المحمدية سنة ١٩٥٥ م .

٦٧ ـ مطالب أولى النهى شرح غاية المنتهى للسيوطى الرحيبانى ـ الطبعة الأولى ـ المكتب الاسلامى بدمشق .

٦٨ ـ المغنى لابن قدامة بتحقيق محمد سالم محيسن وشعبان محمد اسماعيل ـ مكتبة الكليات الأزهرية .

٦٩ ــ المقنع لابن قدامة على مختصر الخرقى ــ مطابع سجل العرب سنة ١٣٨٩ هـ (١٩٦٩ م) •

٧٠ ــ تحفة الفقهاء للسمرقندى ــ مطبعة جامعة دمشق سنة ١٩٥٨

٧١ ــ منتهى الارادات لابن النجار ــ المكتبة السلفية للكتبى بالمدينة المنورة وطبعة دار الجيل للطباعة •

٧٢ ــ حاشية المقنع « المطلع على أبواب المقنع » لابن أبى الفتح البعلى ــ الطبعة الأولى ــ المكتب الاسلامى ــ دمشق سنة ١٣٨٥ هـ (١٩٦٥ م) •

٧٣ ــ القواعد النورانية الفقهية لشيخ الاسلام ابن تيمية ــ ط • سنة ١٤٠٢ هـ (١٩٨٢ م) ــ ادارة ترجمان السنة •

٧٤ ــ كشاف القناع على متن الاقناع للشيخ منصور البهوتى ــ طبع أنصار السنة المحمدية سنة ١٣٦٦ هـ •

تاسعا ــ الفقه الظاهرى :

٧٥ ــ المحلى لابن حزم ــ طبع سنة ١٣٨٧ هـ (١٩٦٧ م) ــ مكتبة الجمهورية العربية بمصر ــ دار الاتحاد العربى للطباعة بمصر •

عاشرا ــ فقه الشيعة :

٧٦ ــ مفتاح الكرامة للعاملى شرح قواعد العلامة الحلى ــ مطبعة الشورى بمصر سنة ١٣٢٦ هـ •

احد عشر ــ كتب حديثة فى الفقه المقارن والاقتصاد :

٧٧ ــ مقدمة فى النقود والبنوك ــ د• محمد زكى شافعى ــ طبعة ١٩٨٢

٧٨ ــ اقتصاديات النقود والبنوك ــ د• عبد النبى حسن يوسف ــ طبعة ١٩٧٩

٧٩ ــ تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق وأحكام الشريعة الاسلامية ــ د٠ سامى حسن حمود ــ رسالة دكتوراة ــ مطبعة الشرق بعمان ٠

٨٠ ــ المتاجرة بالأموال والذهب ــ د٠ عبد الحميد البعلى ــ طبع مركز الاقتصاد الاسلامى بالمصرف الاسلامى الدولى ٠

٨١ ــ فتاوى هيئــة الرقابة الشرعية لبنــك فيصل الاســلامى السودانى ــ طبع الاتحاد الدولى للبنوك الاسلامية ٠

٨٢ ــ فتاوى هيئــة الرقابة الشرعية لبنــك فيصل الاســلامى المصرى ــ مطابع الطوبجى التجارية بمصر ٠

٨٣ ــ الفتاوى الشرعية لبيت التمويل الكويتى ٠

٨٤ ــ الفتاوى الشرعية للبنك الاسلامى الأردنى ــ طبعة سنة ١٩٨٤

٨٥ ــ الخدمات المصرفية ــ الصادر عن مركز الاقتصاد الاسلامى بالمصرف الاسلامى الدولى ٠

٨٦ ــ دليل الفتاوى الشرعية فى الأعمال المصرفية ــ الصادر عن مركز الاقتصاد الاسلامى بالمصرف الاسلامى الدولى ٠

٨٧ ــ حكم أعمال البنوك فى الفقه الاسلامى ــ د٠ السالوسى ــ ملحق مجلة الأزهر ــ عدد ذى الحجة سنة ١٤٠٢ هـ ٠

٨٨ ــ الشركات فى الفقه الاسلامى للمرحوم الشيخ على الخفيف ــ طبعة ١٩٧٨ ــ دار النهضة العربية بالقاهرة ٠

٨٩ ــ عمليات البنوك من الوجهة القانونية ــ د٠ على جمال الدين طبعة ١٩٨١ ــ دار النهضة العربية ٠

٩٠ ــ أحكام الالتزام ــ استاذنا د٠ عبد الودود يحيى ــ طبعــة ١٩٨٧ ــ دار النهضة العربية ٠

٩١ ــ عقد المرابحة ــ د٠ محمد الشحات الجندى ــ ط ٠ دار النهضة سنة ١٤٠٦ هـ (١٩٨٦ م) ٠

٩٢ ــ المشاركات في الفقه الاقتصادى الاسلامى للدكتور عبد العزيز الغامدى .

٩٣ ــ لا ضرر ولا ضرار ــ د. حسن العنانى ــ طبع الاتحاد الدولى للبنوك الاسلامية .

٩٤ ــ المدخل لفقه البنوك الاسلامية ــ د. عبد الحميد البعلى ــ طبع الاتحاد الدولى للبنوك الاسلامية .

٩٥ ــ الملكية وضوابطها فى الاسلام ــ د. عبد الحميد البعلى ــ مكتبــة وهبــة .

٩٦ ــ عقد المضاربة ــ د. ابراهيم فاضل الدبو ــ طبع الارشــاد بغداد ــ سنة ١٣٩٣ هـ (١٩٧٣ م) .

٩٧ ــ فقه الزكاة للقرضــاوى ــ الطبعة ٣ ــ ســنة ١٣٩٧ هـ (١٩٧٧ م) مؤسسة الرسالة .

٩٨ ــ الشركات التجارية فى القانون المصرى ــ د. سمير الشرقاوى مطبعة جامعة القاهرة سنة ١٩٨٦ ــ دار النهضة العربية .

٩٩ ــ الشركات التجارية ــ د. على حسن يونس .

١٠٠ ــ شرح القانون التجارى ــ د. محمد صالح .

١٠١ ــ الوجيز فى القانون التجارى ــ د. مصطفى طه .

١٠٢ ــ التمويل بالمشاركة ــ طبع مركز الاقتصاد الاسلامى بالمصرف الاسلامى الدولى .

١٠٣ ــ الوســيط فى شرح القــانون المدنى المصرى للدكتــور السنهورى ــ طبعة سنة ١٩٦٢ ــ مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر بالقــاهرة .

١٠٤ ــ الشركات فى الشريعة الاسلامية والقــانون الوضعى ــ د. عبد العزيز الخياط ــ طبعة سنة ١٤٠٣ هـ (١٩٨٣ م) ــ مؤســسة الرســالة ــ بيروت .

١٠٥ ــ الشركات التجارية ــ د٠ سميحة القليوبى ــ مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعى سنة ١٩٨٨ ــ دار النهضة العربية ٠

١٠٦ ــ الشركات التجارية فى القانون المصرى المقارن ــ د٠ أبو زيد رضوان ــ دار الفكر العربى بمصر سنة ١٩٨٩

١٠٧ ــ صيغ الاستثمار الاسلامية ــ برنامج مركز الاقتصاد الاسلامى بالمصرف الاسلامى الدولى ٠

١٠٨ ــ الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الاسلامية ــ الاتحاد الدولى للبنوك الاسلامية ٠

١٠٩ ــ البنوك الاسلامية ــ د٠ شوقى اسماعيل ــ ط٠ دار الشروق

١١٠ ــ نحو نظام نقدى عادل ــ د٠ محمد عمر شبرا ــ طبع المعهد العالمى الاسلامى ــ سلسلة اسلامية المعرفة ٠

١١١ ــ شركة المساهمة فى النظام السعودى ــ د٠ صالح بن زابن المرزوقى ــ مطابع الصفا بمكة المكرمة ٠

١١٢ ــ عقد المضاربة بين الشريعة والقانون ــ د٠ عبد العظيم شرف الدين ــ دار التآليف المالية بمصر ــ نشر مكتبة الكليات الأزهرية ٠

١١٣ ــ شركات الأشخاص ــ د٠ محمد حسنى عباس ــ طبعة سنة ١٩٦٠

١١٤ ــ المدخل الفقهى العام للشيخ مصطفى الزرقا ــ الطبعة التاسعة ــ سنة ١٩٦٧/١٩٦٨ ــ مطابع ألف باء ــ الأديب ــ دمشق ٠

١١٥ ــ الملكية ونظرية العقد للمرحوم الشيخ محمد أبو زهرة ٠

١١٦ ــ أحكام الشركات فى الفقه الاسلامى المقارن ــ د٠ يوسف عبد المقصود ــ دار الطباعة المحمدية بالقاهرة ــ سنة ١٤٠٠ هـ ٠

١١٧ ـ العقود وعمليات البنوك التجارية ـ د٠ على البارودى ـ طبع دار النهضة العربية ٠

اثنى عشر ـ القوانين والدوريات :

١١٨ ـ القانون المدنى المصرى ومجموعة الأعمال التحضيرية ٠

١١٩ ـ القانون المدنى الأردنى ٠

١٢٠ ـ القانون المدنى العراقى ٠

١٢١ ـ القانون المدنى المغربى ٠

١٢٢ ـ القانون المدنى السورى ٠

١٢٣ ـ القانون المدنى الليبى ٠

١٢٤ ـ القانون المدنى التونسى ٠

١٢٥ ـ القانون التجارى المصرى ٠

١٢٦ ـ القانون التجارى العراقى ٠

١٢٧ ـ قانون الشركات الأردنى ٠

١٢٨ ـ النظام التجارى السعودى المعروف بنظام المحكمة التجارية للمملكة العربية السعودية رقم ٣٢ لسنة ١٣٥٠ هـ ٠

١٢٩ ـ قانون الموجبات والعقود اللبنانى ٠

١٣٠ ـ مرشد الحيران الى معرفة أحوال الانسان لقـدرى باشـا ـ سنة ١٩٠٨ م ٠

١٣١ ـ مجلة الأحكام العدلية ـ الطبعة الخامسة ـ سنة ١٣٨٨ هـ (١٩٦٨ م) ٠

١٣٢ ـ شرح مجلة الأحكام العدلية لمنير القاضى ٠

١٣٣ ــ المجلة الاقتصادية ــ اصدار البنــك المركزى المصرى ــ النقض المصرية .

١٣٤ ــ مجلة البنوك الاسلاميه ــ اصدار الاتحاد الدولى للبنوك الاسلامية .

١٣٥ ــ مجموعة أحكام النقض ــ اصــدار المكتب الفنى لمحكمة العدد الأول ــ سنة ١٩٦٠

* * *

محتويات الكتاب

الصفحة

المبحث الثالث : الضمانات فى أعمال البنوك
(٤٥ - ٦٥)

الصفحة

المبحث الرابع : آفاق جديدة للعمل المصرفى
والاستثمارى الاسلامى
(٦٦ ــ ١٣٤)

الصفحة

الصفحة

رقم الايداع بدار الكتب ٥٠٧٧/٩٠
الترقيم الدولى ٧ ـ ٠٠٤ ـ ٢٢٥ ـ ٩٧٧

